

KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN
Faculteit Rechtsgeleerdheid



**De rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de
contractuele hoofdprestaties in het consumentenrecht,
onderbouwd vanuit het verbintenissenrecht**

Elke Swaenepoel

Promotor: prof. dr. S. Stijns

Proefschrift ingediend
met het oog op het verkrijgen
van de graad van Doctor in de Rechten

Juni 2010

Leden van de examencommissie

prof. dr. S. STIJNS, promotor

prof. dr. I. SAMOY

prof. dr. E. TERRYN

prof. dr. A. VAN OEVELEN

prof. dr. P. WÉRY

INHOUDSTAFEL

LIJST VAN AFKORTINGEN VAN TIJDSCHRIFTEN	18
---	----

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR.....	20
---	----

INLEIDING	24
§1. Situering van het onderwerp	24
§2. Begripsomschrijving	25
§3. Probleemstelling en onderzoeksvragen.....	27
A. Probleemstelling.....	27
B. Onderzoeksvragen	28
§4. Afbakening van het onderzoeksterrein.....	28
1. De imprevisieleer.....	28
2. De partijbeslissing	30
3. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties bij toepassing van de pauliaanse vordering	31
4. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het financiële recht	32
§5. Onderzoeksmethode	32
§6. Verloop van het onderzoek.....	34

DEEL I DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES: SITUERING IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT EN HET CONSUMENTENCONTRACTENRECHT	35
---	----

INLEIDING	35
-----------------	----

HOOFDSTUK I. EVOLUTIES IN HET CONTRACTENRECHT DOORHEEN DE 20 ^E EEUW	35
--	----

AFDELING I. BESCHERMING VAN DE ZWAKKE CONTRACTPARTIJ: NIEUWE PIJLER VAN HET CONTRACTENRECHT IN DE 20 ^E EEUW	35
§1. Contractvrijheid: pijler van het contractenrecht in de 19 ^e eeuw	35
§2. Bescherming van de zwakke contractpartij: opkomst van een nieuwe pijler in het contractenrecht in de 20 ^e eeuw	38
§3. Concrete technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij.....	41
A. Inleiding	41
B. Materialisering van contractuele gelijkheid	42
C. Materialisering van contractvrijheid	43
D. Materialisering van contractueel evenwicht.....	47

E. Rangorde tussen materialisering van de contractvrijheid en materialisering van het contractueel evenwicht.....	49
AFDELING II. ONTWIKKELING VAN HET (EUROPESE) CONSUMENTENRECHT	49
AFDELING III. HARMONISATIE VAN HET PRIVAATRECHT	55
AFDELING IV. BESLUIT	59
HOOFDSTUK II. CONSUMENTENCONTRACTENRECHT: DE POSITIE VAN DE CONSUMENT IN HET CONTRACTENRECHT	59
AFDELING I. UITGANGSPUNT: CONSUMENT ALS MARKTDEELNEMER MET RECHT OP VRIJE ZELFBESCHIKKING	59
AFDELING II. INBEDDING VAN HET CONSUMENTENRECHT IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT	61
§1. Inleiding	61
§2. Basisbeginselen van de vrije economische zelfbeschikking	63
A. Twee basisbeginselen.....	63
B. Economische beleidsmaatregelen: de Belgische prijsreglementering.....	64
1. Beschrijving van het wettelijke kader.....	65
a. Situering.....	65
b. Toepassingsgebied.....	67
c. Het stelsel van de normale prijs	68
d. Gevolgen van een schending van het stelsel van de normale prijs	70
e. Rol van de rechter	72
2. Evaluatie van stelsel van de normale prijs	72
A. Plaats in het model DREXL	72
b. Stelsel van de normale prijs als compenserend instrument	73
3. Besluit	74
§3. Compenserende instrumenten.....	74
A. Materialisering van de vrije mededinging.....	74
B. Materialisering van contractvrijheid	75
1. Instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting.....	76
2. Instrumenten die de termijn voor beraad verlengen (bedenktermijnen)	77
3. Instrumenten ter controle van de contractinhoud.....	78
C. Beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit	79
§4. Verhouding gemeen privaatrecht – consumentenrecht: kruisbestuiving	79
BESLUIT	80
DEEL II DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT.....	82
INLEIDING	82

HOOFDSTUK I. DE RECHTSFIGUUR BENADELING	83
AFDELING I. VRAAGSTELLING EN VOORLOPIGE BEGRIPSBEPALING	83
§1. <i>Vraagstelling</i>	83
§2. <i>Voorlopige begripsbepaling als werkhypothese</i>	85
AFDELING II. SITUERING IN HET VERBINTENISSENRECHT	86
§1. <i>Plaats in het Burgerlijk Wetboek en in de theorie van de wilsgebreken</i>	86
§2. <i>Benadeling en soorten overeenkomsten</i>	87
A. Overeenkomsten ten bezwarende titel en overeenkomsten om niet.....	87
B. Vergeldende overeenkomsten en kanscontracten.....	88
C. Eenzijdige overeenkomsten en wederkerige overeenkomsten	89
AFDELING III. HISTORISCHE ACHTERGROND VAN DE BENADELING	89
§1. <i>Het Romeinse recht</i>	89
A. Uitgangspunt: geen aandacht voor contractueel evenwicht	89
B. Nuanceringen	90
§2. <i>De Middeleeuwen en de Nieuwe Tijd</i>	92
A. Benadeling in de Middeleeuwen.....	92
B. Benadeling in de Nieuwe Tijd.....	94
§3. <i>Aanloop naar de Code civil</i>	94
§4. <i>Codificatie</i>	95
AFDELING IV. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BENADELING IN HET BURGERLIJK WETBOEK.....	96
§1. <i>Geen algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten</i>	97
§2. <i>Toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek</i>	98
A. Benadeling bij minderjarigen (artikel 1305 B.W.).....	98
1. Inleiding	98
2. Vernietiging in geval van benadeling	99
3. Besluit	103
B. Benadeling bij verkoop van een onroerend goed (artikel 1674 e.v. B.W.)	104
1. Grondslag en aard	104
2. Toepassingsvoorwaarden.....	105
a. Koop-verkoop	105
b. Onroerende goederen.....	107
c. Ten voordele van de verkoper.....	108
d. Graad van benadeling	108
3. Procedurele aspecten en bewijsregeling	110
4. Gevolgen.....	112
5. Besluit	114
C. Benadeling bij verdeling (artikel 887 e.v. B.W.)	115
1. Grondslag en aard	115
2. Toepassingsgebied.....	116
3. Toepassingsvoorwaarden.....	117
4. Procedurele aspecten.....	118
5. Gevolgen.....	119

6. Bijzondere toepassing: benadeling bij ouderlijke boedelverdeling (artikel 1079, lid 1 B.W.).....	120
7. Besluit.....	122
D. Aanvaarding van nalatenschap (artikel 783 B.W.)	123
E. Benadeling in het vennootschapscontract.....	124
1. Verbod op een leonijs beding (artikel 32 W.Venn.)	124
2. Eenzijdige regeling omtrent de hoegroothed van de aandelen (artikel 31 W.Venn.)	129
F. Afwijzing van buitensporige bedragen bij spel en weddenschap (artikel 1966, lid 2 B.W.)	130
AFDELING V. BENADELING IN LATERE, BIJZONDERE BELGISCHE EN FRANSE WETGEVING	132
§1. <i>Koop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw</i>	132
§2. <i>Hulp en berging op zee</i>	134
§3. <i>Arbeidsovereenkomstenwet voor bedienden</i>	135
§4. <i>Lening op interest (artikel 1907ter B.W.)</i>	136
§5. <i>Verkoop van een handelszaak in het Franse recht (Loi du 29 juin 1935)</i>	137
§6. <i>Overdracht van exploitatierecht in het Franse recht (Artikel L. 131-5 Code de la propriété intellectuelle)</i>	138
§7. <i>Herziening van de kostenverdeling bij mede-eigendom in het Franse recht (Loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis)</i>	140
§8. <i>Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten</i>	140
§9. <i>Artikel 2043sexies, §2 inzake de kosteloze borgtocht</i>	141
AFDELING VI. BENADELING IN ANDERE (RECENTERE) CODIFICATIES	143
§1. <i>Benadeling in het Nederlandse recht</i>	143
A. Inleiding	143
B. Bijzondere toepassingsgevallen	144
§2. <i>Benadeling in het Duitse recht</i>	147
§3. <i>Benadeling in het Franse Avant-Projet de réforme</i>	147
A. Algemene krachtlijnen	148
B. Benadeling.....	149
§4. <i>Benadeling in harmoniseringsinitiatieven</i>	149
A. Principles of European Contract Law	149
B. UNIDROIT-Principles	149
AFDELING VII. BENADELING ONTWIKKELD DOOR RECHTSPRAAK EN RECHTSLEER	151
§1. <i>Rechtspraak inzake de benadeling in 19^e en (begin) 20^e eeuw</i>	151
§2. <i>Pleidooi door de doctrine in de 20^e eeuw</i>	154
§3. <i>Weerklank in wetsvoorstellen en rechtspraak</i>	158
§4. <i>Oneigenlijke toepassingen van de gekwalificeerde benadeling</i>	160
A. Matiging van het honorarium van de lasthebber.....	160
B. Toetsing van overdreven schadebedingen.....	164
AFDELING VIII. VOORLOPIG BESLUIT	166
HOOFDSTUK II. DE RECHTSFIGUUR GEKWALIFICEERDE BENADELING	169

AFDELING I. KRONIEK VAN DE BELGISCHE RECHTSPRAAK INZAKE GEKWALIFICEERDE BENADELING	169
§1. Rechtspraak hoven van beroep	169
§2. Lagere rechtspraak	177
§3. Voorlopig besluit.....	181
AFDELING II. STAND VAN ZAKEN NAAR BELGISCH RECHT EN NAAR VREEMD RECHT	183
§1. Stand van zaken naar Belgisch recht	183
A. Begripsomschrijving	183
B. Situering in het verbintenissenrecht	184
1. Algemeen kader	184
2. Situering ten aanzien van de leer van de wilsgebreken	188
a. Klassieke visie in Belgische rechtspraak en rechtsleer	188
b. Verwerping van klassieke visie door DE BONDT.....	188
c. Precontractuele fout: mogelijke oorzaak van een gebrekkige wil	189
3. Afbakening van andere rechtsfiguren	190
a. Afbakening van de wilsgebreken bedrog en geweld	190
i. Afbakening van het wilsgebrek bedrog.....	190
ii. Afbakening van het wilsgebrek geweld.....	194
b. Afbakening van de leer der onrechtmatige bedingen	197
c. Afbakening van de agressieve handelspraktijken	198
d. Afbakening van de rechterlijke herzieningsbevoegdheid in de wet betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties	199
C. Toepassingsvoorwaarden	200
1. Ernstige benadeling van één van de contractpartijen.....	201
2. Misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit	202
a. Omstandigheden van inferioriteit of superioriteit.....	202
b. Misbruikvereiste	204
3. Determinerend karakter van het misbruik.....	206
4. Vereiste van de afwezigheid van een fout in hoofde van het slachtoffer?.....	206
D. Grondslag en sanctionering.....	207
1. Grondslag.....	207
2. Sanctionering	210
§2. Stand van zaken in andere rechtsstelsels	211
A. Het Franse recht	211
1. De lege lata	211
a. Afwezigheid van een wettelijke bepaling	211
b. Het wilsgebrek geweld. Klassieke invulling.....	213
c. Het wilsgebrek geweld. Evolutie van ‘état de nécessité’ naar ‘violence économique’.....	214
i. Noodtoestand (état de nécessité).....	214
ii. Economisch geweld (violence économique).....	215
iii. Thesis OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES	219
2. De lege ferenda	220
B. Het Nederlandse recht	220
1. Ontstaansgeschiedenis	220
2. Misbruik van omstandigheden - Artikel 3:44(4) N.B.W.	223
a. Situering.....	223

b. Voorwaarden	224
i. Bijzondere omstandigheden.....	224
ii. Causaal verband tussen bijzondere omstandigheden en totstandkoming	225
iii. Misbruikvereiste	226
iv. Benadeling als vierde voorwaarde?	226
c. Procedurele aspecten en sanctionering	229
C. Het Duitse recht.....	229
1. Wucherische en Wucherähnliche Rechtsgeschäfte (§ 138, par. 1 en 2 BGB)	229
2. §138, par. 2 BGB: Wucher	230
3. §138, par. 1 BGB	233
a. Rechtshandelingen in strijd met de goede zeden	233
b. Wucherähnliche Rechtsgeschäfte	234
4. Rechtsgevolgen.....	235
D. Initiatieven tot uniformisering van het recht	236
1. PECL.....	236
2. UNIDROIT-Principles	238
3. DCFR	238
§3. Voorlopig besluit.....	238
AFDELING III. GRONDSLAGENONDERZOEK	239
§1. <i>Theorie van de (on)geoorloofde oorzaak</i>	240
A. Verworvenheden in het Belgische recht	240
1. De oorzaak als geldigheidsvereiste voor rechtshandelingen.....	240
2. Invulling van het oorzaakbegrip	241
a. Evolutie	241
b. Oorzaak als objectieve wederkerigheid	243
c. Oorzaak als beslissende beweegreden	244
3. Vereiste van een geoorloofde oorzaak.....	244
a. Uitgangspunt: toetsing van de doorslaggevende beweegreden(en)	244
b. Toetsing aan bepalingen van dwingend recht en aan de openbare orde en de goede zeden	245
c. Vereiste van het gemeen karakter	247
B. De ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling.....	248
1. Klassieke opvatting.....	248
2. Kritiek	248
a. Inconsistentie met de leer der wilsgebreken	249
b. Onaangepaste sanctie.....	250
c. Ongeoorloofde oorzaak versus ongeoorloofd middel	251
d. Verschillende toepassingsvoorwaarden.....	252
3. Eigen theorievorming	252
§2. <i>Fraus omnia corrumpit</i>	255
A. Verworvenheden in het Belgische recht	255
B. Gekwalificeerde benadeling als toepassing van <i>fraus omnia corrumpit</i>	257
1. Opvattingen CORNELIS en ROMAIN.....	257
2. Eigen theorievorming	258
§3. <i>Leer van de precontractuele aansprakelijkheid (culpa in contrahendo)</i>	258
A. Voorafgaande vaststellingen	258

B. Leer van de culpa in contrahendo: verworvenheden in het Belgische recht	259
1. Ontstaansgeschiedenis	259
2. Klassieke toepassingsgevallen en situering in het verbintenissenrecht	260
a. Klassieke toepassingsgevallen	260
b. Situering in het verbintenissenrecht	262
3. Begripsomschrijving	263
a. Oorspronkelijke beperkte begripsomschrijving	263
b. Verruimde klassieke begripsomschrijving: een uniform foutbegrip	264
c. Minderheidsopvatting: een dualistisch foutbegrip	265
i. Theorie DE BONDT	265
ii. Theorie CORNELIS	269
4. Aangereikte grondslagen van de <i>culpa in contrahendo</i>	271
a. De leer van het (stilzwijgend) voorcontract	271
b. Contract	271
c. Wet	273
d. Bindende kracht van een aanbod	273
e. De buitencontractuele aansprakelijkheid (artikel 1382-1383 B.W.)	274
f. Rechtsmisbruik als algemeen rechtsbeginsel	275
g. Goede trouw-vereiste	276
i. Inleidend	276
ii. Invulling van de goede trouw-norm	277
iii. De goede trouw als grondslag van de <i>culpa in contrahendo</i> ?	279
iv. Eigen theorievorming	280
C. Gekwalificeerde benadeling als toepassingsgeval van de culpa in contrahendo	282
1. Toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid (1382-1383 B.W.)	282
a. Argumentatie	283
b. Bezwaren	284
2. Toepassing van de theorie van het verbod op rechtsmisbruik	284
a. Algemene verworvenheden inzake de theorie van het verbod op rechtsmisbruik	285
i. Misbruik van contractuele rechten	285
ii. Grondslag	286
iii. Rol van de rechter	287
b. Rechtsmisbruik als grondslag van de gekwalificeerde benadeling	289
3. Onderscheid buitencontractuele aansprakelijkheid (artikelen 1382-1383 B.W.) en theorie inzake rechtsmisbruik	291
D. Eigen theorievorming: verwerping van de theorie van rechtsmisbruik en aanwijzing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling	293
1. Rechtsmisbruik: misbruik van rechten, niet van vrijheden	293
a. Inleidend	293
b. Classificatie van rechten in subjectieve zin	294
i. Oude classificatie VAN GERVEN	294
ii. Kritiek op classificatie VAN GERVEN	296
iii. Verfijning classificatie VAN GERVEN	296
iv. Nieuwe classificatie VAN GERVEN	296
c. Verkeerde aanwending van contractvrijheid: geen toepassing van rechtsmisbruik	298

2. Toepassing op het beginsel van contractvrijheid	301
a. Inleidend	301
b. Vrijheid om wel te contracteren	302
c. Vrijheid om niet te contracteren	304
d. Vrijheid om contractinhoud te bepalen.....	306
3. Besluit	307
§4. Voorlopig besluit.....	307
AFDELING IV. UITWERKING VAN EIGEN THEORIEVORMING: GEKwalificeerde benadeling als	
TOEPASSING VAN DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSREGELS	309
§1. <i>De fout: misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit</i>	309
A. Foutvereiste overeenkomstig artikel 1382 B.W.....	309
B. Misbruik van omstandigheden als schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht	312
1. Criterium: referentiegedrag van de goede huisvader	312
2. Bijkomende aandachtspunten	315
§2. <i>Schade: onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties</i>	318
A. Schadevereiste overeenkomstig artikel 1382 B.W.....	318
B. Benadeling als schadevereiste: hoegrootheid van de benadeling	320
1. Stand van zaken	320
2. Historische blik op het vereiste van <i>grove</i> benadeling	321
3. Toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheidsregels.....	322
C. Benadeling als schadevereiste: ‘nadeel’ in plaats van ‘benadeling’	324
1. Stand van zaken	324
2. Vraagstelling.....	324
3. Afstappen van het wederkerige karakter van de toetsing?.....	325
4. Afstappen van de loutere toetsing van contractuele hoofdprestaties?	326
a. Inleiding	326
b. (On)rechtstreekse toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties via het uithollingsverbod bij exoneratiebedingen.....	327
i. Algemeen kader	327
ii. Juridische grondslag van het uithollingsverbod: overzicht van de aangereikte grondslagen	329
iii. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties via het uithollingsverbod: toepassingsgevallen uit de rechtspraak	331
c. Evaluatie van een afstapping van de loutere toetsing van contractuele hoofdprestaties	336
§3. <i>Oorzakelijk verband: benadeling ten gevolge van misbruik van omstandigheden</i>	337
A. Oorzakelijk verband overeenkomstig artikel 1382 B.W.....	337
B. Misbruik van omstandigheden als oorzaak van de benadeling	340
1. Oorzakelijk verband tussen misbruik van omstandigheden en benadeling	340
2. Fout in hoofde van de benadeelde partij	341
§4. <i>Schadeloosstelling</i>	342
A. Schadeloosstelling overeenkomstig artikel 1382 B.W.....	342
B. Schadeloosstelling bij gekwalificeerde benadeling.....	343
TUSSENTIJDs BESLUIT	344

**DEEL III DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE
CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN HET CONSUMENTENCONTRACTENRECHT
346**

**HOOFDSTUK I. OVERZICHT VAN DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN
ONRECHTMATIGE BEDINGEN..... 346**

AFDELING I. WETSHISTORISCHE ACHTERGROND.....	346
§1. <i>Nationale wetgeving vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen</i>	346
A. Het Belgische recht.....	346
B. Het Franse recht.....	348
C. Het Duitse recht.....	349
D. Het Nederlandse recht.....	349
§2. <i>Totstandkoming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen</i>	350
§3. <i>Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in de nationale rechtsstelsels</i>	352
A. Principe van minimumharmonisatie.....	352
B. Concrete omzetting in nationale rechtsstelsels.....	352
§4. <i>Een blik op de toekomst: het Voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten</i>	354
AFDELING II. RATIO LEGIS VAN DE RICHTLIJN ONEERLIJKE BEDINGEN	355
§1. <i>Doelstellingen van de Richtlijn</i>	355
§2. <i>Nood aan wetgevende tussenkomst inzake oneerlijke bedingen: twee verklarende modellen</i> .	357
A. Inhoudelijke bespreking van beide modellen.....	357
1. Theorie inzake misbruik van machtspositie.....	358
2. Transactiekosten-theorie.....	359
B. Concrete toepassing van beide modellen	360
1. Toepassing in de nationale wetgevingen vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen	360
2. Toepassing in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen	361
3. Toepassing in de rechtspraak van het Hof van Justitie	363
a. Procedure en sanctionering van oneerlijke bedingen.....	363
b. De open norm	363
AFDELING III. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE ONRECHTMATIGE BEDINGENLEER.....	365
§1. <i>Toepassingsgebied ratione personae</i>	365
A. De beschermingsgerechtigde in de onrechtmatige bedingenleer	365
1. Het Europese recht.....	365
2. Het nationale recht.....	365
B. De professionele partij in de onrechtmatige bedingenleer	366
1. Het Europese recht.....	366
2. Het nationale recht.....	366
§2. <i>Toepassingsgebied ratione materiae</i>	367
A. Contractuele of reglementaire bedingen	367
B. Afzonderlijk onderhandelde bedingen versus standaardbedingen	368
1. Terminologische afbakening.....	369
2. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen.....	371
a. Ontstaansgeschiedenis	371
b. Principe	372

c. Temperingen van het principe	373
3. Het nationale recht	374
a. Het Belgische en het Franse recht.....	374
i. Belgische regelgeving inzake onrechtmatige bedingen	374
ii. Franse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen	376
b. Het Nederlandse en het Duitse recht.....	376
i. Nederlandse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen	376
ii. Duitse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen	377
4. Harmoniseringsinitiatieven.....	378
a. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008.....	378
b. Acquis-Principles.....	381
c. Principles of European Contract law	382
AFDELING IV. BEPERKING VAN DE INHOUDSTOETS: ONTOETSBAARHEID VAN KERNBEDINGEN.....	383
§1. <i>Overzicht van verschillende wetgevingen</i>	383
§2. <i>Omschrijving en afbakening van het begrip kernbeding</i>	385
A. Oorsprong van de ontoetsbaarheid van kernbedingen: het Nederlandse en Duitse recht	385
1. Omschrijving	386
2. Voorbeelden.....	388
3. Afbakening ten aanzien van niet-kernbedingen.....	390
4. Beoordelingsrichtlijnen.....	392
5. Bewijslast.....	393
6. Voorlopige conclusie: vergelijking tussen de Duitse en Nederlandse invulling van het begrip <i>kernbeding</i>	393
B. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen	394
1. Omschrijving	394
2. Beoordelingsrichtlijnen.....	395
3. Bewijslast.....	398
C. Het Belgische recht	398
1. Situatie vóór de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.....	398
2. Omschrijving en afbakening.....	401
§3. <i>Ratio legis van de ontoetsbaarheid van kernbedingen</i>	403
A. Onverenigbaarheid met de <i>iustum pretium</i> -leer.....	403
B. Onverenigbaarheid met vrije mededinging en contractvrijheid	404
§4. <i>Het transparantievoorbehoud bij kernbedingen</i>	405
A. Probleemstelling.....	405
B. Algemeen transparantievereiste	406
1. Richtlijn Oneerlijke Bedingen	406
2. Omzetting in het Belgische recht.....	409
3. Het Duitse recht	411
4. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008.....	411
C. Transparantievoorbehoud bij kernbedingen	413
1. Het Belgische recht.....	413
2. Het Duitse recht	416
3. Eigen theorievorming	417
§5. <i>De ontoetsbaarheid van kernbedingen na de Richtlijn Oneerlijke Bedingen</i>	419
A. Toepassing van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.....	419

B. Harmoniseringsinitiatieven	420
C. Herziening van het acquis communautaire.....	421
AFDELING V. ALGEMENE TOETSINGSNORM.....	423
§1. Korte situering	423
A. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en het Belgische recht.....	423
B. Naburige rechtsstelsels	425
C. Voorlopig besluit.....	426
§2. Basiscriteria van de algemene toetsingsnorm.....	427
A. Het onevenwichtscriterium	427
B. Goede trouw-vereiste	429
C. Invulling door het Hof van Justitie.....	432
§3. Rechterlijke beoordeling op basis van de algemene toetsingsnorm.....	433
A. Contextuele beoordelingscriteria uit de Richtlijn.....	434
1. Algemene kenmerken	434
2. Omstandigheden rond de contractsluiting	435
3. De andere contractuele bedingen.....	436
4. Aard van de producten.....	438
B. Andere beoordelingsrichtlijnen	439
C. Voorlopig besluit.....	443
§4. Algemene toetsingsnorm in enkele harmoniseringsinitiatieven	443
AFDELING VI. LIJST VAN ONRECHTMATIGE BEDINGEN	444
§1. Bestaansreden van een lijst met onrechtmatige bedingen	445
§2. Aard van de lijsten met onrechtmatige bedingen.....	445
§3. De lege ferenda: Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008.....	447
AFDELING VII. SANCTIONERING: DE NIETIGHEIDSSANCTIE	448
§1. Richtlijn Oneerlijke Bedingen: oneerlijke bedingen binden de consument niet	449
§2. Het Belgische recht: keuze voor de nietigheidssanctie	449
§3. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008	457
TUSSENTIJD'S BESLUIT.....	457
HOOFDSTUK II. UITSLUITING VAN DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET	
EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN DE	
ONRECHTMATIGE BEDINGENLEER: EIGEN THEORIEVORMING	459
AFDELING I. KRITISCH ONDERZOEK NAAR DE REIKWIJDTE VAN DE ONTOETSBAARHEID VAN	
KERNBEDINGEN	459
§1. Afbakening van exoneratiebedingen, inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen.....	459
A. Inleiding	459
B. Exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen in het gemeen contractenrecht.....	460
1. Exoneratiebedingen	460
a. Definitie	460
b. Geldigheidsvereisten.....	461

i. Algemeen kader	461
2. Inhoudsbepalende bedingen.....	462
a. Definitie	462
b. Geldigheidsvereisten.....	462
3. Afbakening van (echte) inhoudsbepalende bedingen en (vermomde) exoneratiebedingen	464
a. Algemeen onderscheidingscriterium.....	464
b. Concretisering van het algemeen onderscheidingscriterium.....	465
C. Exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen versus kernbedingen in consumentencontracten	466
1. Exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen in de onrechtmatige bedingenleer	466
a. Exoneratiebedingen.....	466
i. Artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC).....	466
ii. Artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC).....	468
b. Inhoudsbepalende bedingen.....	469
2. Afbakening van exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen	469
a. Algemene onderscheidingscriteria	470
i. Inhoudsbepalende bedingen <i>versus</i> kernbedingen	470
ii. Exoneratiebedingen <i>versus</i> kernbedingen.....	470
b. Rechtsvergelijkende oplossingen inzake de afbakening van exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen	471
i. Het Nederlandse recht.....	471
ii. Het Duitse recht	473
D. Tussenbesluit.....	473
§2. <i>Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten</i>	474
A. Inleiding	474
B. Afbakening van toetsbare en ontoetsbare bedingen inzake de dekkingsomvang.....	475
1. Uitgangspunt: bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang zijn kernbedingen.....	475
2. Opdeling tussen toetsbare en ontoetsbare bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang	478
a. Waar aan clausules inzake de dekkingsomvang	478
b. Criteria ter afbakening van de toetsbare en ontoetsbare bedingen inzake dekkingsomschrijving.....	482
i. Toetsing van ongebruikelijke beperkingen van de dekkingsomvang	482
ii. Doorwerking van beperkingen in dekkingsomvang op de premie.....	483
C. Het relatieve belang van de onrechtmatige bedingenleer voor verzekeringsovereenkomsten in het Belgische recht.....	486
1. Algemeen kader van de controlewet verzekeringen	487
2. Artikel 14 controle-KB	487
D. Voorlopig besluit.....	492
§3. <i>Kernbedingen ter beoordeling van niet-kernbedingen</i>	492
A. Algemeen kader	492
B. Draagwijdte van de beoordeling van bedingen aan de hand van kernbedingen.....	493
C. Gevolgen	496
§4. <i>Besluit</i>	496

AFDELING II. KRITISCH ONDERZOEK NAAR DE RATIO LEGIS VAN DE ONTOETSBAARHEID VAN KERNBEDINGEN	497
§1. <i>Onderzoek van de rechtvaardigingsgronden voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen</i>	497
A. Onwenselijke terugkeer naar de <i>iustum pretium</i> -leer	497
1. Situering van de <i>iustum pretium</i> -leer.....	497
a. Inhoudelijke betekenis	497
b. Afbakening van de benadeling	499
2. Toetsing van kernbedingen: een terugkeer naar de <i>iustum pretium</i> -leer?.....	500
a. Geen algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten.....	500
b. Marginale toetsingsbevoegdheid in hoofde van de rechter.....	500
B. Vrije mededinging en contractvrijheid ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen.....	501
C. Voorlopig besluit.....	502
§2. <i>De wenselijkheid van de toetsing van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer: eigen theorievorming</i>	503
A. Rechtseconomische analyse	503
1. Inleiding	503
2. Rechtseconomische analyse van het consumentenrecht	504
a. Algemene beschouwingen	504
b. Informatietekort en informatieasymmetrie	506
i. Mogelijke informatiestoornissen.....	506
ii. Informatiemaatregelen als regulering	509
c. Voorlopig besluit	512
3. Regulering van de contractinhoud	512
a. Algemene beschouwingen	512
b. Gebruik van standaardcontracten en het signing-without-reading-probleem	513
i. Mogelijke stoornissen ten gevolge van het gebruik van standaardcontracten	513
ii. Mogelijke remedies.....	517
c. Voorlopig besluit	518
4. Toepassing van rechtseconomische bevindingen op de onrechtmatige bedingenleer	519
a. Probleemomschrijving	519
b. Remedie	521
B. Transactiekosten-theorie ter verklaring van de toetsing van onrechtmatige bedingen.....	522
1. Inpassing van de onrechtmatige bedingenleer in een situatiebetrokken consumentenrecht	522
2. Ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer.....	523
C. Toetsing van onderhandelde bedingen in de Belgische onrechtmatige bedingenleer	525
§3. <i>Voorlopig besluit</i>	527

HOOFDSTUK III. ONDERZOEK NAAR DE NOOD AAN EEN CONSUMENTENRECHTELIJK INSTRUMENT TOT TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES..... 528

AFDELING I. GEKWALIFICEERDE BENADELING IN DE CONTRACTUELE VERHOUDING PROFESSIONEEL- CONSUMENT	528
§1. <i>Probleemstelling en onderzoeksvragen</i>	528
A. Probleemstelling.....	528

B. Onderzoeksvragen en plan	529
§2. <i>Inpassing van de probleemstelling in het model van het constitutief en compenserend consumentenrecht</i>	529
A. Model constitutief en compenserend consumentenrecht (pro memorie)	529
B. Nood aan een compenserende tussenkomst bij een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties als gevolg van een misbruik van inferioriteit en/of superioriteit	530
1. Misbruik van een inferieure of superieure contractuele positie: oorzaak van een gebrekkige wil	530
a. In hoofde van de professionele partij	530
b. In hoofde van de consument	531
2. Afwezigheid van objectivering	531
C. De gemeenrechtelijke compenserende instrumenten in het licht van het subsidiariteitsbeginsel	532
1. Situering van de gekwalificeerde benadeling in de rangorde van gemeenrechtelijke compenserende instrumenten	532
a. Gekwalificeerde benadeling: materialisering van contractvrijheid en contractueel evenwicht	532
b. Situering van de gekwalificeerde benadeling	533
2. Situering van de gekwalificeerde benadeling in de rangorde van instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting	534
a. Bedrog	534
b. Geweld	534
c. Precontractuele informatieplichten	535
d. Besluit	535
§3. <i>Toepassing van de gekwalificeerde benadeling op consumentencontracten</i>	535
A. Beknopte herneming van de vaststellingen inzake gekwalificeerde benadeling	536
B. Knelpunten bij een beroep op de gekwalificeerde benadeling in een consumentencontract	537
1. Omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit	538
a. Algemene vaststellingen	538
i. Het Belgische recht	538
ii. Naburige rechtssystemen	539
b. Inferioriteit en/of superioriteit in de contractuele verhouding professioneel-consument	540
c. Consumentenbeeld	541
d. Besluit	543
2. Misbruikvereiste	543
a. Algemene vaststellingen	543
i. Het Belgische recht	543
ii. Naburige rechtssystemen	543
b. Mogelijkheid van een vermoeden van misbruik in het Belgische recht	544
i. Algemeen kader inzake het bewijsrecht	544
ii. Vermoedens bij misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit	546
iii. Uitzondering op de bewijslastregeling ten voordele van de consument	548
iv. Vermoeden van misbruik bij gekwalificeerde benadeling	550
c. Besluit	551

AFDELING II. REGELGEVING INZAKE ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN: EEN	
CONSUMENTENRECHTELIJK COMPENSEREND INSTRUMENT BIJ MISBRUIK VAN INFERIORITEIT?	551
§1. <i>Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten: het wettelijke kader</i>	551
A. De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de omzetting in het Belgische recht.....	551
1. Totstandkoming en doelstelling van de Richtlijn	551
2. Omzetting in het Belgische recht.....	553
B. Het toepassingsgebied	553
C. Inhoudelijke bepalingen	554
1. Inleidende opmerkingen	554
a. Algemene opbouw	554
Consumentenbeeld.....	555
2. Algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken.....	557
3. Algemene norm inzake misleidende handelspraktijken.....	559
a. Misleidende handeling	559
b. Misleidende omissie	561
4. Algemene norm inzake agressieve handelspraktijken	562
5. Zwarte lijst van misleidende en agressieve handelspraktijken	563
D. Verhouding ten aanzien van het gemeen contractenrecht	565
E. Afdwinging van oneerlijke handelspraktijken.....	566
1. Bewijslast.....	566
2. Sanctionering	567
a. Traditionele sancties	567
b. Bijzondere burgerrechtelijke sanctie	568
§2. <i>Misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument met een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties tot gevolg: kwalificatie als oneerlijke handelspraktijk</i>	571
A. Misbruik van een inferieure contractuele positie van de consument	571
1. Misbruik in hoofde van de professionele partij als handelspraktijk	571
2. De inferieure positie van de consument als voorwerp van het misbruik	572
3. Concrete invulling van het misbruik van de inferieure contractuele positie.....	573
4. Effect van het misbruik of de handelspraktijk op de consument	575
B. Onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en het oorzakelijk verband met het misbruik	575
C. Voorlopig besluit.....	576
§3. <i>Oneerlijke handelspraktijken: een doeltreffend instrument ter bestrijding van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van misbruik van de inferieure positie van de consument?</i>	576
A. Mogelijke knelpunten: vergelijking met de gekwalificeerde benadeling	577
1. Bijzondere omstandigheden van inferioriteit.....	577
2. Bewijs van het misbruikvereiste	578
3. Voorlopig besluit	578
B. Sanctionering.....	578
1. Vordering tot staking	578
2. Burgerrechtelijke sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC).....	579
a. Reikwijdte van de burgerrechtelijke sanctie	579
i. Vier onderscheiden situaties	579
ii. Appreciatiebevoegdheid in hoofde van de rechter.....	580

iii. Bijkomende toepassingsvoorwaarden.....	580
b. Rol bij het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties	581
3. Gemeenrechtelijke instrumenten ter herstel van de schade	581
AFDELING III. KRUISBESTUIVING VAN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN NAAR GEKWALIFICEERDE	
BENADELING.....	582
<i>§1. Bewijs van een fout/misbruik bij gekwalificeerde benadeling via het bewijs van een oneerlijke handelspraktijk.....</i>	<i>582</i>
A. Voorafgaandelijke vordering tot staking.....	582
B. Geen voorafgaandelijke vordering tot staking	583
<i>§2. Misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling: interpretatie aan de hand van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken.....</i>	<i>583</i>
AFDELING IV. VOORLOPIG BESLUIT	585
ALGEMEEN BESLUIT	587
<i>§1. Probleemstelling en onderzoeksvragen.....</i>	<i>587</i>
<i>§2. Onderzoeksresultaten aangaande de benadeling en de gekwalificeerde benadeling</i>	<i>587</i>
<i>§3. Onderzoeksresultaten aangaande de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer.....</i>	<i>589</i>
<i>§4. Sluitstuk van het onderzoek: onderzoek naar de nood aan een consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.....</i>	<i>591</i>
BIBLIOGRAFIE	593

LIJST VAN AFKORTINGEN VAN TIJDSCHRIFTEN

AA	Ars Aequi
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJT	Algemeen Juridisch Tijdschrift
Ann. dr. Louvain	Annales de droit de Louvain
Ann. fac. dr. Lg.	Annales de la Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège
Arr. Cass.	Arresten van het Hof van Cassatie
Bank Fin. R.	Bank- en financieel recht
BJ	La Belgique Judiciaire
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambres civiles
CLJ	Consumer Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
D.	Dalloz
DAOR	Het ondernemingsrecht
DCCR	Droit de la Consommation / Consumentenrecht
De Verz.	Tijdschrift voor Verzekeringen
EBLR	European Business Law Review
E.L.Rev.	European Law Review
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Jur. Pér.	Jurisclasseur périodique
JCP	Journal of Consumer Policy
JL	Jurisprudence de Liège
JLMB	Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des tribunaux – Droit européen
JTT	Journal des tribunaux du travail
Jura Falc.	Jura Falconis
JZ	Juristenzeitung
Limb. Rechtsl.	Limburgs rechtsleven
NbBW	Nieuwsbrief BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NjW	Nieuw Juridisch Weekblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Not. Fisc. M.	Notarieel en Fiscaal Maandblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht

Pas.	Pasicrisie
PP	Pandectes périodiques
RCJB	Revue critique de la jurisprudence belge
RDC	Revue des Contrats
Rec. gén. enr. not.	Recueil général de l'enregistrement et du notariat
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
RJI	Res et jura immobilia
Rev. dr. pén.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rev. dr. unif. / U.L.R.	Revue de droit uniforme / Uniform Law Review
Rev. not. b.	Revue du notariat belge
Rev. prat. not. b.	Revue pratique du notariat belge
Rev. prat. soc.	Revue pratique des sociétés
RGAR	Revue générale des assurances et des responsabilités
RHA	Rechtspraak van de Haven van Antwerpen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique
RRD	Revue régionale de droit
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
RW	Rechtskundig Weekblad
SEW	Sociaal-economische wetgeving: tijdschrift voor Europees en economisch recht
T. Aann.	Tijdschrift voor Aannemingsrecht
TBBR	Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
TBH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
TGR / TWVR	Tijdschrift voor Gentse rechtspraak / Tijdschrift voor West-Vlaamse rechtspraak
T. Not.	Tijdschrift voor Notarissen
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TRV	Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap
Turn. Rechtsl.	Turnhouts Rechtsleven
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
T. Vred.	Tijdschrift van de Vrede- en Politie-rechters
TVV	Tijdschrift verkoop vastgoed
V&F	Vennootschapsrecht en fiscaliteit
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
W. Akte	Waarvan akte
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-amt en Registratie
ZeuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

ABAS, *Benadeling van de medecontractant*, 2003.

P. ABAS, *Benadeling van de medecontractant. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de (on)wenselijkheid van de laesio enormis in de 21^e eeuw*, 2003, 156 p.

ARNTZ, *Cours*.

E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français comprenant l'explication des lois qui ont modifié la législation civile en Belgique*, II, 1879, 667 p., III, 1879, 574 p., IV, 1879, 514 p., I, 1860, 1159 p. en II, 1863, 855 p.

ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*.

C. ASSER en A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht. Deel II - Algemene leer der overeenkomsten*, 1997, 575 p., 2001, 609 p. en 2005, 621 p.

AUBRY en RAU, *Cours*.

C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français*, III, 1856, 566 p., V, 1857, 639 p. en VI, 1858, 540 p.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*.

G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 29 dln., 1905-1909.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*.

G. BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, II, 1888, 952 p. en III, 1889, 1025 p.

BELTIJENS, *Encyclopédie*.

G. BELTIJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, II, 1905, 655 p., III, 1905, 990 p. en V, 1906, 732 p.

BENABENT, *Les obligations*, 2005.

A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 2005, 693 p.

BEUDANT, *Cours*.

C. BEUDANT, *Cours de droit civil français, deel VIII, Les contrats et les obligations*, 1936, 699 p.

CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009.

P. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 478 p.

CAPITANT, *Introduction*, 1927.

H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1927, 423 p.

CARBONNIER, *Les obligations*, 2000.

J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 2000, 665 p.

COLIN en CAPITANT, *Cours*.

A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, III dln., 1921-1924 en 1934-1936.

CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000.

L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 2000, 997 p.

DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000.

A. DE DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, 2000, 572 p.

DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985.

W. DE BONDT, *De leer der gekwalificeerde benadeling*, 1985, 342 p.

DEKKERS, *Handboek*.

R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, I, 1972, 953 p., II, 1957, 1015 p. en II, 1971, 1019 p.

DEMOGUE, *Traité*.

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, 1923, 695 p.

DEMOLOMBE, *Cours*.

C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XV dln., 1854-1882

DEMONTE, *De la lésion*, 1924.

E. DEMONTE, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1924, 281 p.

- DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000.
- I. DEMUYNCK, *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UG, 1999-2000, 856 p.
- DE PAGE, *Traité*.
- H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, X dln., 1949-1975.
- DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997.
- H. DE PAGE, door A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, 1997, 767 p.
- DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946.
- H. DE PAGE, *Le problème de la lésion dans les contrats*, in *Actualités sociales*, 1946, 133 p.
- DURANTON, *Cours*.
- M. DURANTON, *Cours de droit civil*, X dln., 1841.
- FENET, *Recueil*.
- P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XV dln., 1827.
- FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT en E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 2006, 439 p.
- GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993.
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, 1993, 976 p.
- GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994.
- J. GHESTIN en G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 1994, 891 p.
- JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991.
- R.H.C. JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, 1991, 351 p.
- JOSSERAND, *Cours*, 1932-1933.
- J. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, 1932, 1056 p., II, 1933, 1100 p. en III, 1933, 1100 p.
- KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938.
- A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De verbintenissen*, 1938, 548 p.
- KLUYSKENS, *Beginselen*, 1931.
- A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De verbintenissen*, 1931, 454 p.
- KLUYSKENS, *Beginselen*, 1925.
- A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De verbintenissen*, 1925, 367 p.
- LARROUMET, *Droit civil*.
- C. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, III, 2003, 1017 p. en 2007, 608 p.
- LAURENT, *Principes*.
- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XXXI dln., 1878.
- LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981.
- M.H.S. LEBENS-DE MUG, *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden*, 1981, 183 p.
- LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001.
- M.B.M. LOOS, *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, 2001, 156 p.
- MALAUZIE e.a., *Les obligations*, 2005.
- P. MALAUZIE, L. AYNES en P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 2005, 846 p.
- MARCADE, *Explication*.
- V. MARCADE, *Explication du code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, III, 1859, 619 p., IV, 1859, 679 p. en VI, 1859, 608 p.
- MAZEAUD, *Leçons*, II, 1956.
- H. MAZEAUD, L. MAZEAUD en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, 1956, 1379 p.

- MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005.
- C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, 2005, 354 p.
- MERLIN, *Répertoire*.
- M. MERLIN, *Répertoire de jurisprudence - T. XVIII*, 1827, 476 p.
- MOURLON, *Répétitions*.
- M. MOURLON, *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théorique*, II, 1855, 780 p. en III, 1856, 758 p.
- NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007.
- P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*, 2007, 224 p.
- RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957.
- C. RENARD, E. VIEUJEAN en Y. HANNEQUART, *Les Novelles. Droit civil. Tome IV: Théorie générale des obligations*, 1957, 807 p.
- OSSIPOW, *De la lésion*, 1940.
- P. OSSIPOW, *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé*, 1940, 413 p.
- OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002.
- C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, 2002, 540 p.
- PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961.
- M-A. PEROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, 1961, 295 p.
- PICOT, *Code Napoléon expliqué*.
- J.B.C. PICOT, *Code Napoléon expliqué article par article*, I, 1871, 804 p. en II, 1871, 784 p.
- PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979.
- A. PITLO, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 3 - algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 477 p.
- PLANIOI en RIPERT, *Traité*.
- M. PLANIOI en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XIV dln., 1952-1960.
- ROMAIN, *Théorie critique*, 2000.
- J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé: des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (Fraus omnia corrumpit)*, 2000, 1023 p.
- RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982.
- D.P. RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten. Een studie naar Frans, Amerikaans en Nederlands recht*, 1982, 254 p.
- SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967.
- G. SCHRANS, "Praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht. Preadvies", in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1965-1966*, 1967, 44 p.
- SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008.
- H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER en M. EBERS, *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, 2008, 527 p.
- STARCK e.a., *Contrat*, 1995.
- B. STARCK, H. ROLAND EN L. BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, 1995, 856 p.
- STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005.
- S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boekdeel 1, 2005, 268 p.
- STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998.
- G. STRAETMANS, *Consument en markt: onderzoek naar de rechtspositie van de consument op de Europese interne markt, met de financiële sector als toetssteen*, 1998, 637 p.

- TERRE e.a., *Les obligations*, 2005.
- F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 2005, 1474 p.
- TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008.
- E. TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht. Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, 2008, 686 p.
- TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001.
- B. TILLEMANS, *Deel 2 Bijzondere overeenkomsten 1. Verkoop - Deel 1 Totstandkoming en kwalificatie van de koop in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, 2001, 680 p.
- ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987.
- P. ULMER, H.E. BRANDNER, H.-D. HENSEN en H. SCHMIDT, *AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1987, 1056 p.
- VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938.
- M. VALMONT, *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1938, 130 p.
- VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979.
- R. VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract in Mededelingen van de Koninklijke Academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, 1979, 17 p.
- VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987.
- W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, in *Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, I, 1987, 519 p.
- VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006.
- W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125.
- VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, 2010.
- P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations. I. Introduction-Sources des obligations (première partie)*, 2010, 935 p.
- VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960.
- C.J. VAN ZEBEN, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 144 p.
- WERY, *Droit des obligations*, 2010.
- P. WERY, *Droit des obligations. Volume 1 Théorie générale du contrat*, 2010, 926 p.

INLEIDING

§1. Situering van het onderwerp

1. *Illustraties – “Datingsites manipuleren en bedriegen – Op internet is het erg makkelijk om allerlei diensten aan te bieden. De online datingbusiness is volgens OIVO dan ook vaak uit de lucht gegrepen, twijfelachtig of zelfs regelrecht bedrog of oplichterij. De klanten moeten bijvoorbeeld eerst een duur abonnement afsluiten dat maar weinig garanties biedt op een serieus contact. (...) Er wordt misbruik gemaakt van de zwakheid of de eenzaamheid van de consument om hem of haar te manipuleren.”*¹

Een koppel vraagt een firma om hun septische put schoon te maken. De firma schat de kostprijs op 150 tot 200 euro. Eenmaal ter plaatse wordt aan het koppel meegedeeld dat de problemen veel erger zijn dan aanvankelijk gedacht, met als gevolg dat de factuur hoger zal zijn. Nog voor men de werken aanvat, wordt aan het koppel gevraagd om een blanco document (zonder prijsvermelding) te ondertekenen. De uiteindelijke factuur bedraagt maar liefst 1.000 euro. De firma dringt er daarenboven op aan om de factuur cash te betalen.²

Een gezin wordt geconfronteerd met een defecte gasketel, waardoor het niet langer beschikt over warm water. Aangezien het een oud toestel betreft en de vervangingsstukken relatief duur blijken te zijn, wordt ervoor geopteerd om de gasketel te vervangen. Geen van beide echtgenoten is technisch onderlegd in deze materie. Gelet op hun goede ervaringen met het merk van hun huidige gasketel, wensen ze een toestel van datzelfde merk te laten installeren. In de regio Brussel waar ze wonen, zijn twee erkende installateurs van dat merk werkzaam. Aan beide installateurs wordt een offerte gevraagd. Beiden bezorgen een offerte met gelijkaardige prijzen en een technische uitleg ter verantwoording van de vraagprijs. Het gezin contacteert één van deze installateurs met het oog op contractsluiting. Naderhand blijkt, na vergelijking met de gehanteerde prijzen door erkende installateurs van datzelfde merk in andere regio's, de prijs manifest te hoog te zijn.

2. *Centrale problematiek – Het ene voorbeeld mag dan al wel een meer uitgesproken misbruik of oneerlijke praktijk omvatten dan het andere, bovenstaande illustraties hebben in ieder geval met elkaar gemeen dat bij het afsluiten van een contract door een contractpartij een zeer hoge prijs wordt gevraagd in verhouding tot de door hem geleverde contractuele tegenprestatie. De vraag rijst welke middelen er in het contractenrecht ter beschikking staan van de benadeelde contractpartij. Over welke juridische instrumenten beschikt de rechter om beide contractuele prestaties af te wegen, en bij een eventuele vaststelling van een onevenwicht tussen beiden in te grijpen in de contractverhouding? Deze problematiek staat centraal in dit proefschrift.*

3. *Spanningsverhouding tussen contractvrijheid en bescherming – Onmiddellijk wordt aangevoeld dat dergelijke rechterlijke toetsingsmogelijkheden niet door alle rechtsbeoefenaars positief worden onthaald. Op vandaag maakt het beginsel van contractvrijheid immers nog steeds, en terecht, een basispijler uit van ons contractenrecht. Voor de Nederlandse auteur PITLO was het alvast duidelijk: “het uitgangspunt in ons recht is dat wie een kat in de zak koopt daarvan zelf het nadeel draagt indien*

¹ “Datingsites manipuleren en bedriegen”, 7 april 2010, www.deredactie.be. Zie ook studie Onderzoeks- en Informatiecentrum van de Verbruikers Organisaties, “Ontmoetingen via het internet: niet altijd even netjes!”, 7 april 2010, www.oivo.be.

² Het voorbeeld is geïnspireerd op volgende persberichten: “Clean Express Service: niet helemaal clean!”, 20 maart 2008, www.testaankoop.be; “WC ontstoppen? Dat is dan 11.335 euro”, 15 november 2008, www.nieuwsblad.be.

*hij zich niet kan beroepen op dwang, dwaling of bedrog. Het is de koopmansmentaliteit aan ons volk eigen, die meebrengt dat wie teveel betaalt maar beter had moeten uitkijken”.*³

Nochtans kan niet worden ontkend dat de bescherming van de zwakkere contractpartij in de loop van de 20^e eeuw een plaats heeft opgeëist in het contractenrecht. Door steeds meer auteurs wordt dit beginsel, naast het beginsel van contractvrijheid, als een tweede basisbeginsel binnen het contractenrecht beschouwd.⁴ Hierdoor is een erg complexe spanningsverhouding ontstaan tussen vrijheid en bescherming in het contractenrecht.

§2. Begripsomschrijving

4. *Begrip ‘contractuele prestatie’* – De rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties staat centraal in dit onderzoek. Dergelijke toetsing vindt onder meer plaats bij de rechtsfiguren benadeling en gekwalificeerde benadeling. Bij de bespreking van deze figuren vermelden vele auteurs dat er een onevenwicht is tussen de *contractuele prestaties*.⁵ Evenwel lijkt enkel KLUYSKENS te verduidelijken wat precies bedoeld wordt met het begrip *contractuele prestaties*, wanneer hij stelt dat benadeling voorligt “wanneer [een der partijen] zich omtrent de waarde van hetgeen zij verkregen heeft, vergist heeft, wanneer zij met andere woorden meer gegeven dan ontvangen heeft”.⁶ Met de rechterlijke toetsing van de *contractuele prestaties* wordt inderdaad doorgaans gedoeld op de afweging door de rechter van de prijs en de tegenprestatie in een overeenkomst. Evenwel wordt hierna duidelijk dat deze vlag de lading niet dekt. Het begrip *contractuele prestaties* omvat immers meer dan enkel de prestaties tot het betalen van de prijs en het verrichten van een tegenprestatie.

5. *Geldigheidsvereiste van het voorwerp* – De notie *contractuele prestatie* doet ons teruggrijpen naar de geldigheidsvereisten van de overeenkomst, met name het vereiste van een bepaald voorwerp.⁷ In het Burgerlijk Wetboek wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de begrippen *voorwerp van de overeenkomst*, *voorwerp van de verbintenis* en *voorwerp van de beloofde prestatie*.⁸ De hedendaagse doctrine tracht deze begrippen wel af te bakenen.⁹

Met het *voorwerp van de overeenkomst* wordt gedoeld op het geheel van de verbintenissen waaruit de overeenkomst bestaat.¹⁰ Hieronder vallen niet enkel de hoofdverbintenissen van de overeenkomst (bv. in geval van een koopovereenkomst, de verbintenissen tot het leveren van de zaak en de betaling van de koopsom), maar ook de bijkomende verbintenissen (bv. in geval van opname van een schadebeding in de overeenkomst, de betaling van de afgesproken schadevergoeding in geval

³ PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 239.

⁴ *Infra*, nrs. 34 e.v.

⁵ Zie o.m. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nrs. 1507 en 1512; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90-91; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 318; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 124 en 126; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 266.

⁶ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 46.

⁷ Art. 1108 B.W.

⁸ Zie in dit verband o.m. de art. 1108 en 1126-1130 B.W.

⁹ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 308; P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, (65) 65 e.v.; P.A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 101-102; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96. Voor het Franse recht, zie GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 654 e.v. Zie ook M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1285, voetnoot 89.

¹⁰ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 308; P.A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 102; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96. Voor het Franse recht, zie GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 654.

van een contractuele wanprestatie).¹¹ Onmiddellijk wordt duidelijk dat deze invulling van het begrip *voorwerp van de overeenkomst* nauwelijks een toegevoegde waarde biedt. Daarom wordt het voorwerp van de overeenkomst steeds vaker opgevat als *het voorwerp van de karakteristieke of kenmerkende verbintenis(sen)* van de overeenkomst.¹²

6. *Voorwerp van de verbintenis* – Het voorwerp van een verbintenis verwijst naar de door de schuldenaar belofde prestatie. Daarmee wordt bedoeld op datgene waartoe de schuldenaar zich verbindt.¹³ Deze prestatie bestaat uit het *geven* van iets, het *doen* van iets of het *niet doen* (nalaten) van iets.¹⁴ Wanneer het bestaan en de geoorlooftheid van het voorwerp wordt onderzocht, toetst men het *voorwerp van de verbintenis*, met name de belofde prestatie.¹⁵

Een contractuele prestatie verwijst dus naar het voorwerp van een verbintenis.¹⁶ Hierboven werd reeds aangestipt dat een overeenkomst in hoofde van beide partijen meerdere verbintenissen bevat, waaronder vaak zowel hoofdverbintenissen als bijkomende verbintenissen. Het gebruik van de notie *contractuele prestatie* om enkel te wijzen op (de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen) de prijs en de tegenprestatie in een overeenkomst, is dan ook onnauwkeurig.

7. *Terminologische verfijning en afbakening* – Om te wijzen op de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de prijs en de tegenprestatie in een overeenkomst, spreken wij hierna over de rechterlijke toetsing van de contractuele *hoofdprestaties*. Daarmee wordt een duidelijk terminologisch onderscheid gemaakt ten aanzien van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen, ook aan te duiden als de contractuele *bijkomende prestaties*.¹⁷

Het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, enerzijds, en het evenwicht tussen de contractuele bijkomende prestaties, anderzijds, vormen samen de problematiek van *het contractueel evenwicht*.¹⁸ De notie *contractueel evenwicht* omvat zowel het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties als het evenwicht tussen de contractuele bedingen, met daarin opgenomen de rechten en plichten van de contractpartijen.¹⁹ Beide luiken van het begrip contractueel evenwicht worden in

¹¹ Het onderscheid tussen hoofdverbintenissen en bijkomende verbintenissen wordt ook gehanteerd door de Franse auteur OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 367 e.v.

¹² J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 308; P.A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 102; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96. Voor het Franse recht, zie GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 656-657.

¹³ GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 654.

¹⁴ Zie art. 1126 B.W.: “*Ieder contract heeft tot voorwerp iets dat een partij zich verbindt te geven, of dat een partij zich verbindt te doen of niet te doen*”. In dit artikel doet zich evenwel een terminologische verwarring voor. Het artikel doelt immers op *het voorwerp van de verbintenis*, en niet op *het voorwerp van de overeenkomst* zoals de wettekst aangeeft. Zie ook P.A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 102; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96.

¹⁵ Dit werd door het Hof van Cassatie bevestigd. Zie Cass. 14 september 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1365, conclusie adv.-gen. HENKES, *Pas.* 2000, 1339 en Cass. 8 april 1999, *Arr. Cass.* 1999-2000, *Pas.* 1999, 487, *TBH* 1999, 855, noot I. CLAEYS. Zie tevens J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 308; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96.

¹⁶ Zie in het bijzonder bij CORNELIS die de benadeling opvat als “*een economische wanverhouding tussen het voorwerp van de verbintenissen en van de vorderingsrechten*”. Zie CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 77.

¹⁷ De toetsing van het evenwicht tussen de contractuele rechten en plichten van de contractpartijen komt aan bod in deel III, waar de onrechtmatige bedingenleer uit de wet marktpraktijken (voorheen WHPC) zal worden onderzocht.

¹⁸ Hierna zal ook een onderscheid gemaakt worden tussen *formeel contractueel evenwicht* en *materieel contractueel evenwicht*. *Infra*, nr. 51.

¹⁹ FORIERS linkt de problematiek van het contractueel evenwicht aan het *voorwerp van de overeenkomst*, d.i. het geheel van de contractuele verbintenissen, dus zowel de hoofdverbintenissen als de bijkomende verbintenissen. Zie P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, (65) 65 en 77 e.v. Zie ook de Franse auteurs L. FIN-LANGER, *L’équilibre contractuel*, 2002, 97 (“*L’idée de l’équilibre contractuel précise celle de justice commutative. Elle traduit la volonté d’avoir un échange juste et une composition harmonieuse du contenu du*

het Belgische recht in beginsel strikt onderscheiden, ook al blijkt de grens tussen beiden in de praktijk niet steeds even duidelijk te zijn.²⁰

§3. Probleemstelling en onderzoeksvragen²¹

A. Probleemstelling

8. *Uitsluiting rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer* – De rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt expliciet uitgesloten in het consumentencontractenrecht via de ontoetsbaarheid van kernbedingen.²² Artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3, lid 2 WHPC)²³ bepaalt immers dat “*de beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen [...] geen betrekking [heeft] op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen begrijpelijk en duidelijk zijn geformuleerd*”. Aangenomen wordt dat de Europese wetgever – en in diens navolging ook de Belgische wetgever – hiermee een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer heeft willen vermijden.²⁴

9. *Rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties via gemeenrechtelijke instrumenten* – Er zal worden aangetoond dat het consumentencontractenrecht niet beschouwd mag worden als een afzonderlijke rechtstak, maar in samenhang met het gemeen (contracten)recht bestudeerd moet worden. Opvallend is dat verschillende gemeenrechtelijke instrumenten wel een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toelaten. Daarbij kan ter illustratie verwezen worden naar de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling.

10. *Schril contrast doet vragen rijzen* – Het kan verwondering wekken dat net in het consumentencontractenrecht, dat traditioneel beschouwd wordt als een geheel van rechtsregels dat erop gericht is om de consument als zwakke contractpartij te beschermen, de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties als instrument van consumentenbescherming wordt verworpen. Het schrille contrast tussen, enerzijds, de (op het eerste gezicht resolute) afkeer voor de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht en, anderzijds, de gemeenrechtelijke instrumenten die wel een dergelijke toetsing met zich meebrengen, is merkwaardig en doet een aantal vragen rijzen.

contrat, entre les prestations ainsi qu'entre les droits et les obligations.”) en C. THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *RTDC* 1997, (357) 379.

²⁰ *Infra*, nrs. 692 e.v.

²¹ Hier geven we onze initiële probleemstelling en onderzoeksvragen weer, waarrond het onderzoek werd opgestart en opgebouwd. In deel III van dit proefschrift noopte een bijkomende vaststelling er ons toe om deze probleemstelling aan te scherpen en nieuwe onderzoeksvragen te formuleren. *Infra*, nrs. 1164 e.v.

²² Wat we precies verstaan onder het begrip *consumentencontractenrecht*, komt hierna aan bod. *Infra*, nr. 84.

²³ Aangezien de nieuwe wet betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (hierna WMC genoemd) pas zeer recent werd aangenomen (6 april 2010) en gepubliceerd (12 april 2010), werd ervoor geopteerd om naast deze nieuwe wet ook telkens de corresponderende artikelen van de oude WHPC te vermelden.

²⁴ Meer hieromtrent, *infra*, nrs. 876 e.v. en nrs. 1084 e.v.

B. Onderzoeksvragen

11. *Eerste onderzoeksvraag* – Als uitgangspunt van dit proefschrift wordt een situatiegebonden consumentenrecht gehanteerd. Dit houdt in dat een compenserend consumentenrechtelijk instrument slechts aangewezen is, indien de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer niet of onvoldoende gegarandeerd wordt door de basisbeginselen (vrije mededinging en contractvrijheid) en de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten.²⁵ Teneinde de opportuniteit van de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht te beoordelen, moet dan ook worden nagegaan of de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten die dergelijke toetsing in zich dragen, *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument niet wegnemen. Hiertoe dienen die gemeenrechtelijke compenserende instrumenten, met name de benadeling en de gekwalificeerde benadeling, diepgaand onderzocht te worden.

12. *Tweede onderzoeksvraag* – Aangenomen wordt dat de (Europese en Belgische) wetgever met de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC) een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer wilde vermijden. De vraag rijst of deze *ratio legis* die ontoetsbaarheid daadwerkelijk rechtvaardigt, en indien dat niet het geval zou zijn, of de uitsluiting van de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op een andere wijze kan worden verklaard.

13. *Derde onderzoeksvraag* – Tot slot rijst nog de vraag of de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer wel consequent kan worden doorgetrokken. Zo lijkt deze toetsing in de onrechtmatige bedingenleer bijvoorbeeld wel toegestaan, indien de bedingen niet begrijpelijk en niet duidelijk geformuleerd zijn. Ook lijkt de toetsing van bepaalde bedingen (bv. exoneratiebedingen) op onrechtstreekse wijze toch een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in te houden. De vraag rijst dan ook hoe dit te rijmen valt met de principiële keuze van de wetgever tot uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

§4. Afbakening van het onderzoeksterrein

14. *Overzicht* – Een goed onderzoek vereist allereerst een duidelijke afbakening van het onderzoeksterrein. Het onderwerp van ons onderzoek, met name de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, is dermate ruim dat het vastleggen van grenzen zich opdringt. We beperken ons onderzoek tot de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de *bepaalde of vastgelegde* hoofdprestaties *op het ogenblik van de contractsluiting*. De focus ligt daarbij op de *geldigheid van het contract* (of van de contractuele bedingen) tussen de contractpartijen, en niet op de tegenstelbaarheid ervan ten aanzien van derden. Tot slot worden toepassingsgevallen uit het *financieel recht* buiten beschouwing gelaten. Deze uitgangspunten laten ons toe om volgende rechtsfiguren buiten beschouwing te laten.

1. De imprevisieleer

15. *Begripsomschrijving* – De imprevisieleer houdt in dat de rechter een overeenkomst mag aanpassen of ontbinden, indien zich na de contractsluiting onvoorzienbare en ontoerekenbare

²⁵ Deze uitgangspunten worden uitvoerig toegelicht in deel I. *Infra*, nrs. 77 e.v.

omstandigheden voordoen die het evenwicht van het contract dermate ernstig verstoren dat de prestatie van de schuldenaar onredelijk verzwaard wordt.²⁶ Essentieel voor de imprevisie is dat het contractueel evenwicht verstoord wordt na de contractsluiting, waardoor de nakoming van de verbintenissen in hoofde van de schuldenaar onredelijk verzwaard wordt.²⁷

16. *Verwerping in het Belgische recht* – Het Burgerlijk Wetboek bevat geen bepaling inzake imprevisie. Behoudens andersluidende wettelijke bepalingen, verwerpen de Belgische rechtspraak en rechtsleer traditioneel de imprevisie. Er wordt geoordeeld dat het de rechter niet toekomt om, op verzoek van de benadeelde partij, het contract te ontbinden of aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden.²⁸ Ter rechtvaardiging van deze visie wordt verwezen naar het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst.²⁹ Het Hof van Cassatie heeft in twee arresten van 1994 de imprevisie duidelijk verworpen als een autonome grondslag voor een wijzigingsbevoegdheid van de rechter.³⁰

17. *Contractueel onevenwicht na contractsluiting* – Bij imprevisie vallen de onvoorzienbare en ontoerekenbare omstandigheden, en derhalve ook de verstoring van het contractueel evenwicht die eruit voortvloeit, pas voor na de contractsluiting. De omstandigheden mogen zelfs niet voorzienbaar zijn bij de contractsluiting. In dat opzicht verschilt de imprevisie van de benadeling, waar het contractueel onevenwicht zich voordoet op het ogenblik van de contractsluiting.³¹ De rechter die het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toetst in het kader van de rechtsfiguur benadeling, plaatst zich dan ook op het ogenblik van de contractsluiting. Ons onderzoek naar de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt ook in die zin afgebakend. Enkel de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van de contractsluiting, maakt het voorwerp uit van ons onderzoek.

²⁶ D. PHILIPPE, “Les clauses de force majeure, d’imprévision et de transfert de risques”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (1) 16-17; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 154; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 622. Zie ook de definities weergegeven bij S. HEREMANS, “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux (deuxième partie)”, *TBBR* 2000, (572) 580.

²⁷ Deze situatie onderscheidt zich van vreemde oorzaak of overmacht, aangezien de uitvoering niet onmogelijk, maar wel onredelijk zwaar wordt. Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 154; M. VANDERMERSCH, “Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l’économie contractuelle (première partie)”, *TBBR* 2001, (193) 193; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 622-623.

²⁸ Zie op impliciete wijze Cass. 30 oktober 1924, *Pas.* 1924, 565; Cass. 19 mei 1921, *Pas.* 1921, 380. Zie recenter Luik 27 juni 1995, *JLMB* 1996, 100, noot P. WÉRY; Antwerpen 6 mei 1987, *TBBR* 1990, 299, noot D. PHILIPPE; Antwerpen 21 januari 1986, *RW* 1986-1987, 1488, noot D. DELI. Zie S. HEREMANS, “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux (deuxième partie)”, *TBBR* 2000, (572) 572-573; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 624.

²⁹ S. HEREMANS, “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux (deuxième partie)”, *TBBR* 2000, (572) 579; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 155; L. VAEL, “Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorzienbare omstandigheden (imprevisie): omtrent de lotsverbondenheid van contractpartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, 2000, (174) 180; A. VAN OEVELEN, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, (603) 624.

³⁰ Cass. 15 april 1994, *Arr. Cass.* 1994, 369 en *Pas.* 1994, 365; Cass. 7 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 146 en *Pas.* 1994, 150.

³¹ Zie ook S. HEREMANS, “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux (première partie)”, *TBBR* 2000, (479) 483; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 154, noot 64.

2. De partijbeslissing

18. *Begripsomschrijving* – Er is sprake van een partijbeslissing wanneer een contractpartij, op basis van een wettelijke³² of contractuele bepaling, de bevoegdheid heeft om eenzijdig een element van de overeenkomst te bepalen of te wijzigen.³³ Vaak hebben partijbeslissingen betrekking op het voorwerp van een verbintenis, bijvoorbeeld bij aannemingscontracten waar de aannemer de bevoegdheid heeft om de prijs of de omvang van de werken eenzijdig te bepalen.³⁴

19. *Principiële geldigheid* – Partijbeslissingen over het voorwerp van een verbintenis worden geldig geacht op basis van de wilsautonomie van de contractpartijen.³⁵ Wel wordt de medecontractant beschermd ten aanzien van onredelijke partijbeslissingen via de controle op rechtsmisbruik. De contractpartij beschikt over de bevoegdheid om eenzijdig een bepaald element van de overeenkomst vast te leggen, maar de uitoefening van die bevoegdheid moet in overeenstemming met de redelijkheid en de billijkheid gebeuren. De rechter kan de uitoefening van de partijbeslissing *a posteriori* toetsen op grond van het beginsel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd. Het betreft een marginale toetsing.³⁶ Het komt de rechter dan ook niet toe om naar eigen inzicht te oordelen over de opportuniteit van de genomen beslissing. Zolang die beslissing valt binnen de marge waarbinnen redelijke personen van opvatting kunnen verschillen, moet de rechter de beleidsvrijheid eerbiedigen.³⁷

20. *Geen rechtstreekse toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties* – Indien één van de contractpartijen de bevoegdheid krijgt om het voorwerp van een hoofdverbintenis (bv. de prijs) eenzijdig vast te leggen, dan kan de rechter in beginsel het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van de contractsluiting (bv. bij toepassing van de figuur gekwalificeerde benadeling) niet nagaan. Eén van de contractpartijen heeft immers de bevoegdheid om eenzijdig het voorwerp van de verbintenis vast te leggen. Veelal gebeurt die vastlegging ook pas na de contractsluiting, bijvoorbeeld bij aannemingscontracten waar de prijs na de uitvoering van de werken wordt bepaald. De rechter kan enkel een controle op rechtsmisbruik doorvoeren. De rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties is derhalve beperkt tot de situatie waar de hoofdprestaties bij de contractsluiting door beide contractpartijen worden vastgelegd.³⁸

³² Bv. art. 459 Ger. W. dat een advocaat toelaat om zelf zijn ereloon te bepalen. Zie ook de rechtspraak door E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219 en door R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 366.

³³ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 212; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 98.

³⁴ P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, (65) 70-71; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 366; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 98. Zie ook M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1260 e.v.

³⁵ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219; P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, (65) 70-71; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 365-366; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 99; M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1260 e.v. In een aantal gevallen werd het beroep op de partijbeslissing door de wetgever uitgesloten. Dat is o.m. het geval voor de vaststelling van de prijs in een koopovereenkomst. Overeenkomstig artikel 1591 B.W. moet de koopprijs bepaald zijn en door de partijen worden vastgesteld.

³⁶ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 366; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 99; M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1268.

³⁷ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 211.

³⁸ Art. 31, lid 1 W. Venn (oud art. 1854 B.W.) wordt door sommige auteurs als een toepassingsgeval van de benadeling beschouwd, maar maakt eigenlijk een partijbeslissing uit. *Infra*, nrs. 239 en 240.

Die vaststelling moet deels genuanceerd worden. Wanneer de rechter de redelijkheid van een partijbeslissing over het voorwerp van een verbintenis toetst, zullen verschillende factoren mee in rekening worden gebracht. Eén van die factoren is de grootte van de tegenprestatie. Zo hangt de redelijkheid van het loon of van de prijs af van wat ervoor gegeven wordt.³⁹ In die zin kan de controle op de redelijkheid van een partijbeslissing ook onrechtstreeks een toetsing inhouden van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. De toetsing van de partijbeslissing blijft hierna echter buiten beschouwing, aangezien deze controle slechts op onrechtstreekse wijze een toetsing tussen de contractuele hoofdprestaties met zich kan meebrengen.

3. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties bij toepassing van de pauliaanse vordering

21. *Korte situering* – De pauliaanse vordering is de belangrijkste uitzondering op het principe van de tegenstelbaarheid van overeenkomsten aan derden. Overeenkomstig artikel 1167 B.W. mogen schuldeisers “*in hun eigen naam opkomen tegen de handelingen die hun schuldenaar verricht heeft met bedrieglijke benadeling van hun rechten*”. Indien de pauliaanse vordering door de rechter gegrond wordt bevonden, d.i. wanneer alle toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, dan is de aangevochten rechtshandeling niet tegenstelbaar aan de benadeelde schuldeiser. Volgende cumulatieve voorwaarden moeten vervuld zijn voor het slagen van de vordering: (i) de schuldeiser die de vordering instelt, is titularis van een schuldvordering die dateert van vóór de datum waarop de aangevochten handeling werd verricht, (ii) de schuldeiser die de vordering instelt, werd benadeeld, (iii) de benadeling is het gevolg van een bedrieglijke handeling van de schuldenaar en (iv) bij handelingen ten bezwarende titel beging de medecontractant een fout door het desbewust deelnemen aan het pauliaanse bedrog.⁴⁰

22. *Vereiste van benadeling* – Het vereiste van benadeling in hoofde van de schuldeiser die de vordering instelt, bestaat erin dat de schuldeiser zijn vordering niet of veel moeilijker kan verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar.⁴¹ De benadeling wordt beoordeeld op het ogenblik dat de pauliaanse vordering wordt ingesteld en houdt een vergelijking in met de situatie die op datzelfde moment zou hebben bestaan indien de handeling niet was gesteld.⁴² De schuldeiser moet aantonen dat de handeling van de schuldenaar een verarming van de schuldenaar of een vermindering van de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser met zich heeft meegebracht.⁴³ Dat zal o.m. het geval zijn wanneer de schuldenaar een goed tegen een te lage prijs heeft verkocht.⁴⁴ In dat geval kan het onderzoek van het benadelingsvereiste in het kader van de pauliaanse vordering ook een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties van de geïmplementeerde overeenkomst (tussen de schuldenaar en een derde) met zich meebrengen.⁴⁵ Aangezien de klemtoon van ons onderzoek ligt op

³⁹ M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1269.

⁴⁰ Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 231 e.v.

⁴¹ Antwerpen 1 maart 1995, *AJT* 1994-1995, 491, noot A. VAN DER PUTTEN, Luik 5 oktober 1993, *JLMB* 1994, 1355; Antwerpen 15 februari 1989, *Pas.* 1989, 209; I. BANMEYER, “L’action paulienne et la tierce complicité: points de contact”, in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations*, 1998, (239) 251; S. STIJNS, “Les contrats et les tiers”, in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le Bicentenaire du Code civil*, 2004, (189) 228.

⁴² I. BANMEYER, “L’action paulienne et la tierce complicité: points de contact”, in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations*, 1998, (239) 251; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 228.

⁴³ I. BANMEYER, “L’action paulienne et la tierce complicité: points de contact”, in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations*, 1998, (239) 248-249; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY EN B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 689-690; S. STIJNS, “Les contrats et les tiers”, in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le Bicentenaire du Code civil*, 2004, (189) 228; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 228.

⁴⁴ Zie bv. Rb. Namen 27 april 2004, *JLMB* 2004, 1733.

⁴⁵ Art. 17 faillissementswet 1997 vormt hiervan een bijzondere toepassing. Overeenkomstig dat artikel “kunnen niet aan de boedel worden tegengeworpen, wanneer zij door de schuldenaar zijn verricht sinds het door de rechtbank bepaalde tijdstip

de geldigheid van de overeenkomst (of van de contractuele bedingen), en niet op de tegenstelbaarheid ervan ten aanzien van derden, blijft deze rechterlijke controle hierna buiten beschouwing.

4. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het financiële recht

23. *Uitsluiting van het financiële recht* – Tijdens onze onderzoekswerkzaamheden is gebleken hoe uitgestrekt ons werkterrein is. Onze onderzoeksresultaten hebben ons uiteindelijk o.m. geleid tot het verzekeringsrecht (met het onderzoek van de bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringscontracten) alsook tot het recht inzake oneerlijke handelspraktijken. Om dit onderzoek tot een goed einde te brengen, hebben we keuzes moeten maken.

Bij het onderzoek naar de afbakening van kernbedingen alsook in het kader van de derde onderzoeksvraag (de vraag naar het al dan niet absolute karakter van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer), werden we voor de keuze geplaatst om het gemeenrechtelijke domein inzake de onrechtmatige bedingen (WMC, oude WHPC) te verlaten en de paden van de bijzondere financiële regelgeving (o.m. wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet) te bewandelen. De uitgestrektheid van ons onderzoek heeft er ons toe genoopt onszelf grenzen op te leggen. We hebben er dan ook voor gekozen om het onderzoek toe te spitsen op de gemeenrechtelijke onrechtmatige bedingenleer uit de WMC. Daarmee hopen we een basis te hebben gelegd, waarop later in andere deelterreinen (zoals het financiële recht) kan worden voortgebouwd.

§5. Onderzoeksmethode

24. *Analytische onderzoeksmethode* – Om een antwoord te formuleren op onze onderzoeksvragen, bestuderen en analyseren we de klassieke (geschreven) formele rechtsbronnen: wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Al naargelang het onderdeel van ons proefschrift, wordt de wetgeving dan wel de rechtspraak als uitgangspunt van het onderzoek gehanteerd en vervolgens aangevuld met een analyse van de andere formele rechtsbronnen.

Het vertrekpunt van onze studie van de toepassingsgevallen van de *benadeling* vormt het Burgerlijk Wetboek. Vervolgens wordt een blik geworpen op bijzondere wetgeving van latere datum. Bij gebrek aan een wettelijke bepaling ter zake, stellen we bij aanvang van ons onderzoek naar de *gekwalificeerde benadeling* een kroniek op van de Belgische rechtspraak, die we als vertrekpunt van dit onderzoek hanteren. In het deel van de *onrechtmatige bedingen* vertrekken we vanuit de wettelijke bepalingen van de WMC (oude WHPC), alsmede vanuit de Europese richtlijn die daaraan ten grondslag ligt.

25. *Interdisciplinair onderzoek* – Ons onderzoek situeert zich op het snijvlak van het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht, en is vanuit dat oogpunt reeds interdisciplinair te noemen. Verder heeft het onderzoek ons geleid naar het economisch recht (prijsreglementering), het mededingingsrecht (misbruik van machtspositie) en het verzekeringsrecht (bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringscontracten). Het onderzoek van de (vermeende)

van staking van betaling: 1° alle handelingen waarbij om niet wordt beschikt over roerende of onroerende goederen, alsmede handelingen, verrichtingen of overeenkomsten, vergeldend of ten bezwarende titel, indien de waarde van hetgeen de gefailleerde heeft gegeven, de waarde van hetgeen hij daarvoor heeft ontvangen, aanmerkelijk overtreft; (...). Deze bepaling is een toepassing van de pauliaanse vordering (STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 232). De bewoordingen van de wet geven duidelijk aan dat desgevallend een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties van de overeenkomst plaats vindt.

toepassingsgevallen van de benadeling strekt zich daarenboven ook uit tot het familierecht (benadeling bij minderjarigen), het familiaal vermogensrecht (benadeling bij verdeling en aanvaarding van de nalatenschap) en het vennootschapsrecht (verbod op leonijnse bedingen).

26. *Rechtsvergelijkend onderzoek* – Rechtsvergelijking maakt een belangrijk onderdeel uit van dit proefschrift. Daarbij wordt onderzocht hoe andere rechtsstelsels de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties organiseren. Het Duitse, Franse en Nederlandse recht maken het voorwerp uit van het rechtsvergelijkend onderzoek in dit proefschrift. Verschillende argumenten kunnen deze keuze verantwoorden.

Wat het deel inzake het *gemeen contractenrecht* betreft (deel I - benadeling en gekwalificeerde benadeling), werd reeds snel duidelijk dat een vergelijking met het Duitse en Nederlandse recht onontbeerlijk was. Beide rechtsstelsels kennen immers rechtsfiguren die belangrijke gelijkenissen, doch ook aanzienlijke verschillen vertonen met de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling. In het Duitse recht is dit de figuur *Wucher*; in het Nederlandse recht het *misbruik van omstandigheden*. In het Nederlandse recht is daarenboven, meer nog dan elders, de discussie gevoerd over het al dan niet erkennen van de benadeling als algemene vernietigingsgrond voor contracten. Ook het Franse recht werd bij dit deel van het onderzoek betrokken. Het Franse rechtsstelsel heeft immers dezelfde oorsprong als het Belgische recht (wat duidelijk merkbaar is inzake de benadeling), doch beide stelsels hebben in de loop der jaren verschillende accenten gelegd. Deze vaststelling verantwoordt de keuze van het Franse recht bij het onderzoek in dit deel van het proefschrift.

In het tweede deel van ons onderzoek inzake het *consumentencontractenrecht* wordt de keuze voor deze drie rechtsstelsels bevestigd. Net als het Belgische recht hebben de Duitse, Franse en Nederlandse rechtsstelsels hun bestaande wetgeving aangepast ter omzetting van de richtlijn inzake oneerlijke bedingen. Toch is een vergelijking met deze drie rechtsstelsels ook in dit deel van het onderzoek nuttig. Het Duitse en Nederlandse recht kennen op het vlak van de toetsing van contractuele bedingen immers een andere traditie en een andere benaderingswijze dan het Belgische en Franse recht. Daarenboven is het begrip *kernbeding* ontleend aan het Nederlandse recht en heeft dit begrip ook een geschiedenis in het Duitse recht.

Ongetwijfeld waren ook andere rechtsstelsels interessant geweest in het kader van dit onderzoek, zoals het Engelse recht (als vertegenwoordiger van de *common law*-traditie) en het Zweedse recht (vaak als grondlegger van consumentenbescherming beschouwd). Mede gelet op de grote tweedeling in ons proefschrift, met name een deel inzake gemeenrechtelijke figuren en een deel inzake consumentenrechtelijke instrumenten, hebben we de voorkeur gegeven aan die rechtsstelsels die in beide delen van het proefschrift een meerwaarde konden bieden.

27. *Hulpmethoden* – Naast een – weliswaar beperkt – gebruik van de rechtsgeschiedenis bij het onderzoek van de benadeling, werd verder de rechtseconomie als hulpmethode bij ons onderzoek gehanteerd. Een economische benadering van het recht bleek in het bijzonder nuttig, zelfs noodzakelijk, bij het onderzoek naar de wenselijkheid van de toetsing van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer. Op basis van de gehanteerde analytische onderzoeksmethode botsten we immers op het onderscheid tussen (wat wij genoemd hebben) de misbruik van machtspositie-theorie en de transactiekosten-theorie⁴⁶, dat zijn oorsprong vindt in de economische benadering van het recht. Een rechtseconomische uitdieping van deze materie was dan ook noodzakelijk om dit onderscheid, en vooral de argumentatie die daaraan door enkele auteurs wordt vastgeknoopt, naar waarde te beoordelen.

⁴⁶ Meer hierover, *infra*, nrs. 771 e.v.

§6. Verloop van het onderzoek

28. *Plan* – Het proefschrift is onderverdeeld in drie grote delen. In deel I wordt het onderwerp, de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties gesitueerd in het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht. Daarbij wordt ook dieper ingegaan op de precieze verhouding tussen het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht. In deel II wordt vervolgens op grondige wijze de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling onderzocht (*zie eerste onderzoeksvraag*). Tot slot wordt in deel III de onrechtmatige bedingenleer, en in het bijzonder artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3, lid 2 WHPC) waar de ontoetsbaarheid van kernbedingen is neergelegd, onder de loep genomen. (*zie tweede en derde onderzoeksvraag*).

DEEL I DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES: SITUERING IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT EN HET CONSUMENTENCONTRACTENRECHT

INLEIDING

29. *Structuur* – In het eerste deel van dit proefschrift wordt de problematiek van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties beknopt gesitueerd in het gemeen contractenrecht en in het consumentencontractenrecht. In een *eerste hoofdstuk* bespreken we enkele evoluties die het contractenrecht doorheen de 20^e eeuw heeft doorgemaakt. We richten onze aandacht achtereenvolgens op de opkomst van de bescherming van de zwakke contractpartij in het contractenrecht van de 20^e eeuw, de ontwikkeling van het (Europese) consumentenrecht en de initiatieven tot harmonisering van het privaatrecht. Onze aandacht gaat daarbij in het bijzonder uit naar de rechtsfiguren die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhouden. Met deze bespreking zullen we aantonen dat het gemeen contractenrecht en het consumentenrecht onderling verweven zijn en derhalve in samenhang moeten worden bestudeerd. In een *tweede hoofdstuk* bestuderen we de positie van de consument in het contractenrecht, en gaan we zo dieper in op de precieze verhouding tussen het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht.

HOOFDSTUK I. EVOLUTIES IN HET CONTRACTENRECHT DOORHEEN DE 20^E EEUW

AFDELING I. BESCHERMING VAN DE ZWAKKE CONTRACTPARTIJ: NIEUWE PIJLER VAN HET CONTRACTENRECHT IN DE 20^E EEUW

§1. Contractvrijheid: pijler van het contractenrecht in de 19^e eeuw

30. *Wilsautonomie en contractvrijheid: basisbeginselen van het Burgerlijk Wetboek* – Het contractenrecht van de *Code civil* uit 1804 is onmiskenbaar doordrongen van het beginsel van de wilsautonomie.⁴⁷ Aan de burger komt de bevoegdheid toe om vrij zijn eigen rechtspositie te bepalen en rechtsverhoudingen in het leven te roepen waarvan hij zelf de inhoud kan vastleggen.⁴⁸ Ook in het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna *BGB* genoemd), dat in 1900 in werking trad, werd aan dit beginsel – aangeduid met de term *Privatautonomie* – een prominente rol toebedeeld. Traditioneel worden aan het beginsel van de wilsautonomie drie afzonderlijke *sub*-beginselen vastgeknoopt, met

⁴⁷ DE PAGE, *Traité*, II, 1940, 424; DEKKERS, *Handboek*, II, 1957, 22; R. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2734; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 37. Voor een diepgaande analyse van het beginsel van de wilsautonomie, zie de Franse auteur V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, 1980, 165 p.

⁴⁸ R. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2734; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 37; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 98-99. Zie tevens de omschrijving die DE PAGE aan het begrip wilsautonomie geeft: “*le pouvoir qu'ont les volontés particulières de régler elles-mêmes toutes les conditions et modalités de leurs engagements, de décider seules, et sans tutelle légale, de la matière et de la portée de leurs conventions, en un mot, de donner à leurs contrats le contenu, l'objet qu'elles estiment convenable, et qu'il leur est loisible de choisir en toute liberté, en s'inspirant de leurs seuls intérêts, et sous l'unique garantie de leurs consentements réciproques valablement échangés*” (DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 437).

name de contractvrijheid, de verbindende kracht van de overeenkomst en het consensualisme.⁴⁹ Wilsautonomie impliceert immers dat iedere burger vrij kan beslissen om een overeenkomst af te sluiten. Eens met een andere burger wilsovereenstemming wordt bereikt, volstaat deze loutere consensus in beginsel ook om tussen hen een rechtsband te doen ontstaan. Daarenboven wordt aan deze loutere wilsovereenstemming een bindende kracht toegekend.⁵⁰

Het beginsel van contractvrijheid omvat drie aspecten. Contractvrijheid houdt in dat eenieder vrij is om al dan niet te contracteren. Contractweigering is in beginsel dan ook toegestaan.⁵¹ Voorts impliceert contractvrijheid tevens de vrije keuze van de medecontractant. Tot slot zijn de contractpartijen in beginsel ook vrij om de inhoud van de overeenkomst naar eigen goeddunken vast te leggen.⁵² Aangezien de bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek in de regel slechts van suppletieve aard zijn, mag hiervan bij overeenkomst worden afgeweken. Tevens kunnen contractpartijen een onbenoemde overeenkomst afsluiten. Reeds bij de opstelling van de *Code civil* werd de contractvrijheid evenwel begrensd door het verbod om bij overeenkomst afbreuk te doen aan de wetten die de openbare orde of de goede zeden betreffen, neergelegd in artikel 6 B.W.⁵³

31. *Bindende kracht van de overeenkomst* – Naast het *sub*-beginsel van de contractvrijheid dient ook kort het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst te worden belicht. Uit artikel 1134, lid 1 B.W. volgt dat overeenkomsten definitief zijn en bindende kracht hebben.⁵⁴ Hieruit wordt afgeleid dat in beginsel geen enkele overweging van (on)billijkheid de rechter kan toelaten om de overeenkomst, ambtshalve of op verzoek van één van de partijen, te wijzigen.⁵⁵

32. *Gelijkheid tussen burgers met individuele vrijheid en contractuele rechtvaardigheid tot gevolg* – Het belang dat de opstellers van deze wetboeken hechtten aan het beginsel van de wilsautonomie, en diennavolgend aan de contractvrijheid, wordt doorgaans toegeschreven aan de rechtsfilosofische en politiek-economische opvattingen op het einde van de 18^e en aan het begin van de 19^e eeuw.⁵⁶ Hierbij trekt vooral het 19^e-eeuwse postulaat inzake de *gelijkheid tussen burgers* de

⁴⁹ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2737-2738; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 37 e.v.

⁵⁰ Zie in dit verband de Duitse auteur MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 8.

⁵¹ Voor een nuancering, zie *infra*, nrs. 640 e.v.

⁵² R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 532-533; DEKKERS, *Handboek*, II, 1957, 22; DE PAGE, *Traité*, II, 1940, 425; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2737; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 247; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 104; P. WÉRY, “Le droit commun des obligations contractuelles face à l’émergence des nouvelles législations”, in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2007, (391) 395. Voor het Franse recht, zie o.m. GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 35; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 19-20; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 31. Voor het Nederlandse recht, zie o.m. ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 34; W. GROSHEIDE, “Reflections on the Protection of the Weak Party in Dutch and EU Contract Law”, in K. BOELI-WOELKI en W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law*, 2007, (247) 249; T. HARTLIEF, “Vrijheid en bescherming in het contractenrecht”, *Contracteren*, 2003, (5) 5; E. HONDIUS, “Aspecten van modern contractenrecht”, in X. (ed.), *Overeenkomstenrecht. XXVIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, 2000, (522) 540-541.

⁵³ DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 438. Voor het Franse recht, zie PLANIOL en RIPERT, *Traité*, 1952, 23.

⁵⁴ DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 453-454.

⁵⁵ Cass. 3 februari 1950, *Pas.* 1950, I, 380; DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 454; J. LIMPENS, “Examen de jurisprudence (1949 à 1952)”, *RCJB* 1953, (48) 49; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964) Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 74. Zie ook recenter bij STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 41.

⁵⁶ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2735-2736; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 37; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 99. Voor het Franse recht, zie in dezelfde zin: G. MARTY en P. RAYNAUD, *Les obligations. Tome I Les sources*, 1988, 27-28; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 30-31. FORIERS betwist evenwel dat het beginsel van contractvrijheid voor de opstellers van de *Code civil* een toepassing vormde van de theorie van de wilsautonomie. De

aandacht. Uit deze veronderstelde gelijkheid tussen burgers werd afgeleid dat burgers over een individuele vrijheid beschikken. Ook werden de overeenkomsten die door deze gelijk geachte burgers werden afgesloten, verondersteld rechtvaardig te zijn.⁵⁷

33. *Achterliggende rechtsfilosofische en politiek-economische opvattingen* – In de rechtsfilosofische opvattingen aan het einde van de 18^e eeuw en het begin van de 19^e eeuw nam de individuele vrijheid een centrale plaats in. Aan de basis van de maatschappij stond het individu dat over een rede en een vrije wil beschikte. De bron van verbintenissen was dan ook niet zozeer de wet, maar wel de vrijwillig gesloten overeenkomst.⁵⁸ Benadrukt moet worden dat burgers in die periode als gelijken werden beschouwd. Bij het sluiten van een overeenkomst stond derhalve de (formele) gelijkheid van de contractpartijen voorop⁵⁹: “*Gelijkheid in de voorbereidende onderhandeling, gelijkheid in de wederzijdse toestemming, gelijkheid in de onbreekbaarheid van de contractuele band, zo wordt, volgens de opvatting van het Burgerlijk Wetboek, een nieuwe basis voor de samenleving aangelegd.*”⁶⁰ Juist omdat, enerzijds, alle individuen als gelijken werden beschouwd en, anderzijds, verondersteld werd dat het individu met een vrije wil waakt over zijn eigen belangen, werd er ook van uitgegaan dat deze vrijwillig gesloten overeenkomsten rechtvaardig waren.⁶¹ Deze idee werd kernachtig verwoord door de Franse 19^e eeuwse filosoof FOUILLÉE: “*Toute justice est contractuelle; qui dit contractuel, dit juste.*”⁶²

Ook de toenmalige politiek-economische opvattingen brachten het beginsel van de wilsautonomie en het beginsel van contractvrijheid op het voorplan. Als reactie op het economische

opstellers van de *Code civil* konden immers niet geïnspireerd zijn door de theorie van de wilsautonomie, aangezien deze theorie pas ontwikkeld werd op het einde van de 19^e eeuw, precies ter theoretische ondersteuning van het beginsel van contractvrijheid dat op dat ogenblik door wetgevingsinitiatieven steeds meer werd aangetast (P.A. FORIERS, “Espaces de liberté en droit des contrats”, in X. (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, 2007, (25) 26-28). Tevens wijst FORIERS erop dat niet zozeer de liberale ideeën, ontwikkeld in de periode van de Franse Revolutie, aan de basis liggen van de bloei van het beginsel van contractvrijheid. Het belang dat door de opstellers van de *Code civil* aan de contractvrijheid werd gehecht, zou veeleer een pragmatische oorzaak hebben. Het contract werd in die periode immers als een zeer nuttig instrument ervaren in het sociale en economische leven, waar partijen zelf het best geplaast waren om te waken over hun eigen belangen bij de diverse transacties die ze ondernamen. Het beginsel van contractvrijheid vormt dan ook de erkenning in het objectieve recht van het praktische nut van het contract als instrument. Zie P.A. FORIERS, “Espaces de liberté en droit des contrats”, in X. (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, 2007, (25) 28-29.

⁵⁷ J. GHESTIN, “Le principe d’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 30-31.

⁵⁸ DE PAGE, *Traité*, II, 1940, 426-427; J. GHESTIN, “Le principe de l’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 30; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2735.

⁵⁹ M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 16; F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1148; DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 439; VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979, 4. Voor Frankrijk: J. GHESTIN, “Le principe de l’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 30; PEROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 16; G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, 92; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 311. Voor Nederland, zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 39; W. GROSHEIDE, “Reflections on the Protection of the Weak Party in Dutch and EU Contract Law”, in K. BOELI-WOELKI en W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law*, 2007, (247) 249-250.

⁶⁰ R. VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979, 4.

⁶¹ M. COIPEL, *Eléments de la théorie générale des contrats*, 1999, 16; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2735; MAZEAUD, *Leçons*, II, 1956, 92. Zie ook de Franse auteurs J. GHESTIN, “Le principe de l’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 30; V. RANOUIL, *L’autonomie de la volonté: naissance et évolution d’un concept*, 1980, 133 en de Nederlandse auteurs ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 40.

⁶² A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 1910, 410, aangehaald door DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 11; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2734; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 99. Voor Frankrijk: PEROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 16.

leven tijdens het *Ancien Régime* dat beheerst werd door o.m. staatsmonopolies en protectionistische maatregelen, werd op het einde van de 18^e eeuw een pleidooi gehouden voor vrijheid van handel, vrijheid van mededinging, vrijheid van arbeid en contractvrijheid.⁶³ In deze periode maakte het economisch liberalisme, gekenmerkt door het *laissez faire, laissez passer*-principe, zijn opmars. Zo werden met de wet Le Chapelier van 1791 de gilden en ambachten afgeschaft en zorgde het Decreet d'Allarde uit datzelfde jaar voor de erkenning van de vrijheid van handel en van mededinging. Ook de *Code civil* van 1804 was doordrongen van deze politiek-economische opvattingen, hetgeen tot uiting komt in de bevoorrechte plaats die er aan het eigendomsrecht en aan de contractvrijheid werd toegekend.

§2. Bescherming van de zwakke contractpartij: opkomst van een nieuwe pijler in het contractenrecht in de 20^e eeuw

34. *Groeiende bekommernis om de zwakke contractpartij* – Sinds het einde van de 19^e en het begin van de 20^e eeuw wordt de bevoorrechte positie van het beginsel van de wilsautonomie in het contractenrecht afgekalfd. Naar deze tendens wordt op uiteenlopende wijzen verwezen. Zo spreekt KRUTHOF over de *vermaatschappelijking van het contract* en van de *socialisering of solidarisering van het contractenrecht*.⁶⁴ HARTKAMP spreekt in dit verband over het *beginsel van maatschappelijke rechtvaardigheid*.⁶⁵ DE LY heeft het over het belang van de *materiële gelijkheid in het contractenrecht*.⁶⁶ De Duitse auteurs CANARIS en MELLER-HANNICH stellen de *materialisering van het contractenrecht* voorop⁶⁷, terwijl de Franse auteur GHESTIN de noties *l'utile et le juste* als pijlers van het hedendaagse contractenrecht naar voor schuift.⁶⁸ Deze noties lijken allen ingegeven te zijn door de opkomst van een nieuwe stelregel in het contractenrecht, met name de bescherming van de zwakke contractpartij.⁶⁹ Of zoals HONDIUS het meermaals formuleerde: “*Het contractenrecht dient twee meesters: de contractvrijheid en de bescherming van de zwakke partij*”.⁷⁰

⁶³ Zie o.m. ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 39.

⁶⁴ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2740. Zie ook bij de Franse auteur, C. JAMIN, “Plaidoyer pour le solidarisme contractuel”, in X. (ed.), *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, 2001, 441-472.

⁶⁵ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 35.

⁶⁶ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1148 e.v.

⁶⁷ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, 273-364. Zie ook bij de Duitse auteur MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 8 e.v. Deze terminologie wordt in het Belgische recht ook gehanteerd door TERRY (TERRY), *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 41 e.v.).

⁶⁸ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 200 e.v. Deze benadering werd in het Belgische recht overgenomen door COIPEL (M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 15 e.v.).

⁶⁹ Zie bv. bij de Belgische en Franse auteurs J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, 676 p; J. ROCHFELD, “Du statut du droit contractuel ‘de protection de la partie faible’: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme”, in X. (ed.), *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, (835) 836; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 45 e.v. Zie eerder ook reeds bij G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, 131 e.v. Voor Nederland, zie o.m. T. HARTLIEF, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, 1999, 92 p.; N.J.H. HULS, “Sterke argumenten om zwakke contractpartijen te beschermen”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, 395-403; G.E. LANGEMEIJER, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 1994, 90 e.v.; S.D. LINDENBERGH, “Bescherming van de ‘zwakkere’: regel en uitzondering”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, 405-411.

⁷⁰ E. HONDIUS, “De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (387) 393. Zie nadien tevens E. HONDIUS, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *JCP* 2004, (245) 246; E. HONDIUS, “Aspecten van modern contractenrecht”, in X. (ed.), *Overeenkomstenrecht. XXV^este postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, 2000, (522) 547. Zie in dezelfde zin, M. FONTAINE, “Fertilisations croisées du droit des contrats”, in X. (ed.), *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, 2001, (347) 348; M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports*

35. *Ontnuchtering omtrent veronderstelde gelijkheid* – Ook deze nieuwe tendens in het contractenrecht kwam op gang door de wijzigende sociale, economische en politieke achtergrond sinds het einde van de 19^e eeuw.⁷¹ Reeds vroeg in de 20^e eeuw bleek de veronderstelde gelijkheid tussen burgers slechts een illusie te zijn.⁷² Ook de daaruit afgeleide individuele vrijheid en contractuele rechtvaardigheid of contractueel evenwicht bleken bijgevolg slechts hersenschimmen te zijn. Met andere woorden, “*qui dit contractuel, ne dit pas juste ...*”

36. *Evolutie in de sociale, economische en politieke achtergrond* – In het begin van de 20^e eeuw groeide het besef dat het economisch liberalisme in de praktijk de hoge verwachtingen niet inlost. Uitbuiting van bepaalde bevolkingsgroepen en -klassen, economische crisissen, oneerlijke concurrentie en dergelijke meer, leidden ertoe dat de vrije economie stilaan ingeruild werd voor een meer geleide economie. Tegelijk werd de individuele wil niet langer als het hoogste goed beschouwd. Het contract werd niet meer als een doel op zichzelf beschouwd, maar wel als een instrument ter verwezenlijking van het algemeen belang. Hieruit volgde dan ook dat de wetgever, indien nuttig of noodzakelijk voor het algemeen belang, grenzen mocht stellen aan de wilsautonomie, bijvoorbeeld door contractweigering te verbieden.

Een belangrijke vaststelling die bij aanvang van de 20^e eeuw werd gemaakt, was dat de wilsautonomie en contractvrijheid niet noodzakelijk uitmondden in rechtvaardige contracten. In tegenstelling tot hetgeen vooropgesteld werd op het einde van de 18^e en in de 19^e eeuw, zijn burgers immers niet gelijk, en derhalve ook vaak niet daadwerkelijk vrij. De burger handelde als sociaal wezen immers binnen verscheidene groepen en sociale contexten. De maatschappij werd ook gekenmerkt door grote economische, sociale en culturele verschillen. Het is dan ook niet verwonderlijk dat steeds meer aandacht uitging naar de bescherming van de zwakkere contractpartij.⁷³ Of zoals GHESTIN het verwoordt: “*Ce souci de corriger les inégalités naturelles et acquises entre les hommes, d’empêcher aussi que les plus forts abusent de la faiblesse des autres, condamne l’individualisme libéral qui avait inspiré le Code civil et dominé le XIX^e siècle.*”⁷⁴

37. *Afwezigheid van daadwerkelijke contractvrijheid* – De vaststelling dat burgers niet als gelijken kunnen worden beschouwd, o.m. door een ongelijkheid in economische macht en in technische kennis, heeft het besef met zich meegebracht dat van daadwerkelijke contractvrijheid vaak evenmin sprake kan zijn. Reële contractvrijheid impliceert immers een minimale gelijkheid.⁷⁵ Is het

contractuels, 1996, (615) 652. Voor een kritische blik op deze evolutie, zie T. HARTLIEF, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, 1999, 2 e.v.

⁷¹ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 101.

⁷² STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 43; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 102. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, x; PEROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 22.

⁷³ G. BAETEMAN, “Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés”, (noot onder Cass. 6 december 1956), *RCJB* 1960, (158) 160-161; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 17-19; DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 447; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2741-2743; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 43; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 101-102. Zie voor het Nederlandse recht, ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 41 e.v.

⁷⁴ GHESTIN, *Traité. Introduction générale*, 1994, 114.

⁷⁵ Zie E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 59; P.A. FORIERS, “Espaces de liberté en droit des contrats”, in X. (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, 2007, (25) 57. DE LY formuleert het als volgt: “*Achter de klassieke contractvrijheid lijkt dus wel een gelijkheidsgedachte schuil te gaan, namelijk dat een contract slechts verbintenissen kan scheppen en dus de vrijheid van een ander kan gaan bepalen, indien die ander hiermee vrij en werkelijk instemt.*” (F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1148).

evenwicht tussen de contractpartijen onbestaand, dan is er ook geen daadwerkelijke contractvrijheid.⁷⁶ Dat het Burgerlijk Wetboek doordrongen is van de formele en juridische contractvrijheid, belet niet dat de daadwerkelijke contractvrijheid in het gedrang komt van zodra één van de contractpartijen zijn wil kan opdringen aan de andere.

Het gebruik van toetredingscontracten en eenzijdig opgestelde standaardbedingen heeft de afwezigheid van daadwerkelijke contractvrijheid verder in de hand gewerkt. De opstellers ervan meten zichzelf vaak een bevoorrechte positie toe door deze contracten en bedingen eenzijdig in hun voordeel te bedingen. De vrijheid van de toetredende partij is dan ook veelal beperkt tot de keuze tussen de aanvaarding van het contract of het helemaal niet contracteren.⁷⁷ De vaststelling dat de positie van contractpartijen vaak ongelijk is en het toenemende gebruik van standaardcontracten heeft geleid tot een nieuwe benadering van de relatie tussen de contractpartijen in de 20^e eeuw.⁷⁸

38. *Afwezigheid van contractueel evenwicht* – De notie *contractueel evenwicht* omvat, enerzijds, het evenwicht tussen de contractuele bedingen, met daarin opgenomen de rechten en plichten van de partijen, en, anderzijds, het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.⁷⁹ De ongelijkheid tussen de contractpartijen die ertoe leidt dat één van deze partijen geen daadwerkelijke contractvrijheid geniet, vertaalt zich vaak in een inhoudelijk onevenwichtige overeenkomst. Contractueel onevenwicht kan derhalve, net als de afwezigheid van daadwerkelijke contractvrijheid, beschouwd worden als een symptoom van de ongelijke positie van de contractpartijen. Vanuit deze invalshoek nam de belangstelling voor de notie *contractueel evenwicht* de laatste jaren ook toe.⁸⁰ De aandacht voor contractueel evenwicht vloeit in ons recht dan ook voort uit de ontvullende vaststelling dat burgers niet gelijk, en derhalve ook vaak onvrij, zijn. Contractueel evenwicht *as such*, d.i. de Middeleeuwse *iustum pretium*-leer waar er een evenwicht dient te bestaan tussen de contractuele hoofdprestaties opdat de overeenkomst geldig zou zijn, heeft daarentegen geen plaats kunnen verwerven in het Belgische recht.⁸¹

⁷⁶ I. VEROUGSTRAETE, “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, (1163) 1167 (“*Reële vrijheid impliceert ook minimale gelijkheid. Indien het evenwicht tussen de contractspartners onbestaande is, is er ook geen ware vrijheid om al dan niet te contracteren. Het zwak punt van de leer van de wilsautonomie is dat de economische gelijkheid tussen partners vaak onbestaand is, wat de rechter ertoe aanzet normerend op te treden en de contractvrijheid te ordenen.*”). Zie recent in dezelfde zin bij de Nederlandse auteur O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, 10. Zie tevens de Franse auteur TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 49.

⁷⁷ A. VAN OEVELEN, “Hoofdpijnen in de ontwikkeling van het algemeen verbintenissen- en overeenkomstenrecht 1964-2000”, *TPR* 2001, (313) 321; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112. Zie tevens CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 36; M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (614) 629; R. VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979, 4-5. Voor het Franse recht, zie ook GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 78.

⁷⁸ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 45.

⁷⁹ *Supra*, nr. 7.

⁸⁰ Zie bv. de proefschriften van de Franse auteurs FIN-LANGER en LASBORDES: L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 644 p. en V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 746 p.

⁸¹ Hierna zal immers nog blijken dat de idee dat de interne oorzaakvereiste zou duiden op een materieel evenwicht tussen de wederzijdse hoofdprestaties, verworpen werd (*Infra*, nr. 495). Ook de benadeling als algemene grondslag tot vernietiging van rechtshandelingen, heeft in ons recht geen plaats verworven (*Infra*, nr. 168). De bestaande toepassingsgevallen van de benadeling in ons recht, blijken daarenboven vaak ingegeven te zijn ter bescherming van één van de contractpartijen (*Infra*, nrs. 205, 248, 251, 253 en 328).

§3. Concrete technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij

A. Inleiding

39. *Materialisering van de 19^e-eeuwse postulaten* – De ontnuchtering omtrent de bovenvermelde 19^e-eeuwse postulaten hebben ertoe geleid dat in de loop van de 20^e eeuw de nood werd gevoeld om de zwakke contractpartij te beschermen. Die bescherming wordt *in concreto* beoogd door de formele vooronderstellingen die golden ten tijde van de opstelling van de *Code civil* zoveel als mogelijk daadwerkelijk te realiseren. Anders gesteld, de technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij trachten één of meerdere van de 19^e-eeuwse postulaten die in de 20^e eeuw problematisch zijn gebleken – met name de gelijkheid tussen burgers, de individuele (contract)vrijheid van burgers en de contractuele rechtvaardigheid of het contractueel evenwicht – te *materialiseren* of te verwezenlijken. De loutere formele concepten van contractvrijheid en contractuele rechtvaardigheid beantwoorden immers niet langer aan de realiteit. Aan de formele invulling van deze basisprincipes wordt een materiële invulling toegevoegd.⁸²

Vele technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij kunnen derhalve vastgehaakt worden aan de materialisering van de contractvrijheid en/of aan de materialisering van een contractueel evenwicht.⁸³ Onze invalshoek bij deze bespreking van de technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij verschilt bijgevolg van de klassieke benaderingswijze. Daar waar bij de klassieke besprekingen van maatregelen ter bescherming van de zwakke contractpartij veelal de aantasting van de drie facetten van de (formele) contractvrijheid wordt benadrukt⁸⁴, wordt hier veeleer vertrokken vanuit de verwezenlijking van daadwerkelijke of materiële contractvrijheid.⁸⁵ Met deze benaderingswijze wordt evenwel niet ontkend dat deze maatregelen ter bescherming van de zwakke contractpartij de bewegingsvrijheid van de burgers ook hebben ingeperkt.

40. *Overzicht* – Hierna worden verschillende technieken die door wetgever, rechtspraak en rechtsleer ontwikkeld zijn ter bescherming van de zwakke contractpartij, in kaart gebracht. Daarbij wordt een opdeling gehanteerd tussen technieken ter materialisering van contractuele gelijkheid, technieken ter materialisering van de contractvrijheid en technieken ter materialisering van het contractueel evenwicht. Onmiddellijk moet benadrukt worden dat deze opdeling niet strikt kan worden doorgetrokken. Aangezien de drie noties elkaar beïnvloeden⁸⁶, zullen verschillende technieken aan meerdere noties kunnen worden gelinkt. Tevens moet voor ogen worden gehouden dat met dit overzicht geen volledigheid wordt nagestreefd. Met deze bespreking wordt enkel beoogd om de rechtsfiguren die een (rechterlijke) toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengen, te situeren in deze evolutie die het contractenrecht in de loop van de 20^e eeuw heeft doorgemaakt.

⁸² MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 9-10.

⁸³ Zie C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, 273-364 en MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 9-10. Beide auteurs behandelen in het bijzonder de materialisering van de contractvrijheid en van het contractueel evenwicht.

⁸⁴ Zie bv. bij R. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2745; STUNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 44 e.v.; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 106 e.v.; P. WÉRY, “Le droit commun des obligations contractuelles face à l’émergence des nouvelles législations”, in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2005, (391) 396 e.v. Zie ook vroeger reeds bij de Franse auteurs MAZEAUD: MAZEAUD, *Leçons*, II, 1956, 92 e.v.

⁸⁵ Zie ook bij H.J.S.M. LANGBROEK, “Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (413) 413.

⁸⁶ *Supra*, nrs. 37-38, waarin verduidelijkt werd dat de afwezigheid van gelijkheid tussen de contractpartijen zich vaak vertaalt in de afwezigheid van daadwerkelijke contractvrijheid en/of in een onevenwichtig contract.

B. Materialisering van contractuele gelijkheid

41. *Dwingende wetgeving* – In de loop van de 20^e eeuw vaardigde de wetgever talloze dwingende wetsbepalingen uit met als doel de economisch of sociaal zwakke burgers te beschermen. Deze wettelijke ingrepen waren erop gericht om de (strikt) formele gelijkheid tussen de contractpartijen, die voor ogen werd gehouden bij de opstelling van de *Code civil*, om te buigen naar een daadwerkelijke gelijkheid tussen de contractpartijen.⁸⁷ De wetgever trachtte zo de contractuele positie van de partijen in evenwicht te houden⁸⁸ en het misbruik ten gevolge van een grote feitelijke ongelijkheid tussen partijen te beperken of te corrigeren.⁸⁹ De tussenkomst van de wetgever werkt in die zin voor de zwakke contractpartij als het ware bevrijdend: “*Entre le fort et le faible, [...], c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.*”⁹⁰ Evenwel hebben dergelijke wetgevende tussenkomsten als keerzijde dat aan het formele beginsel van de contractvrijheid nieuwe begrenzingen worden opgelegd. Waar de regels uit het Burgerlijk Wetboek voornamelijk van suppletieve aard waren, werden in de 20^e eeuw immers voornamelijk dwingende rechtsregels uitgevaardigd.⁹¹

42. *Verschillende categorieën beschermingsgerechtigden* – De wetgever kwam aanvankelijk tussen om de werknemers te behoeden voor de macht van de werkgevers.⁹² Vervolgens werden met verschillende wettelijke tussenkomsten ook de landpachters en de handelshuurders in bescherming genomen.⁹³ Met de crisis van de jaren ‘30 breidde deze bescherming zich verder uit tot de spaarders en de leners.⁹⁴ Daarnaast werden over de jaren heen onder meer de concessiehouders⁹⁵, de consumenten ten aanzien van koop en lening op afbetaling⁹⁶, de kopers van woningen op plan⁹⁷ en de reizigers⁹⁸

⁸⁷ L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (312) 317; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2747; P. NIHOUL, “Les consommateurs depuis le Code civil: développement progressif de diverses formes de protection”, in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2005, (543) 548; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 110; R. VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979, 8. Zie voordien ook bij DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 448: “*Elle (cette évolution) restreint sans doute le domaine de l’autonomie de la volonté; mais elle n’en abolit pas le principe. Elle le corrige – à juste titre – dans la mesure où l’inégalité de fait des cocontractants risque de mettre en péril sa base même.*” Zie naar Frans recht: J.-P. CHAZAL, “Le consommateur existe-t-il?”, *Recueil Dalloz* 1997, (260) 263.

⁸⁸ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1209.

⁸⁹ GHESTIN, *Traité. Introduction générale*, 1994, 119. De Nederlandse auteur HARTLIEF spreekt in dit verband over *ongelijkheidscompensatie* (T. HARTLIEF, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakkere partij in het contractenrecht*, 1999, 12). Zie ook S. VAN ARKEL, “Massa-individualisering: de contractvrijheid van de consument in een nieuw licht”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (475) 476.

⁹⁰ Citaat van H. LACORDAIRE, 52^e Conférence de Notre-Dame, 1848.

⁹¹ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38-39; R. VANDEPUTTE, *De lotsbestemming van het contract*, 1979, 8.

⁹² Wet 10 maart 1900 op de arbeidsovereenkomst, *BS* 14 maart 1900; wet 24 december 1903 betreffende de vergoeding der schade voortvloeiende uit arbeidsongevallen; wet 7 augustus 1922 op het bediendencontract.

⁹³ Zie onder meer wet 26 juli 1952 tot beperking van de pachtprizen en tot intrekking van de Ministeriële Besluiten van 30 mei 1945 en van 20 januari 1961; wet 4 november 1969 tot wijziging van de pachtwetgeving en van de wetgeving betreffende het recht van voorkoop ten gunste van huurders van landeigendommen, *BS* 25 november 1969; wet 30 april 1951 op de handelshuurovereenkomsten met het oog op de bescherming van het handelsfonds, *BS* 10 mei 1951. Zie op grondige wijze bij G. BAETEMAN, “Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés”, (noot onder Cass. 6 december 1956), *RCJB* 1960, (158) 166 e.v.

⁹⁴ Zie o.m. KB nr. 148 18 maart 1935 betreffende de woeker, *BS* 20 maart 1935. Meer hierover, *infra*, nr. 254.

⁹⁵ Wet 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop, *BS* 5 oktober 1961.

⁹⁶ Wet 9 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en van zijn financiering, *BS* 25 juli 1957.

⁹⁷ Wet 9 juli 1971 tot regeling van de woningbouw en de verkoop van te bouwen of in aanbouw zijnde woningen, *BS* 11 september 1971.

⁹⁸ Wet 30 maart 1973 houdende goedkeuring van de Internationale Overeenkomst betreffende het reiscontract, *BS* 17 mei 1973.

beschermd. In de jaren '90 volgde een meer omvattende bescherming van de consument met de invoering van de WHPC (nu WMC).⁹⁹ Latere bijzondere consumentenwetgeving had vervolgens nog de bescherming van de kredietnemer¹⁰⁰, de verzekeringsnemer¹⁰¹ en de reiziger¹⁰² voor ogen.¹⁰³ Recentere wetgeving beschermt ook de zwakke contractpartij in commerciële samenwerkingsovereenkomsten¹⁰⁴ en bij handelstransacties.¹⁰⁵

43. *Gemeenschappelijke kenmerken* – De bovenstaande wetgevingsinitiatieven vertonen een aantal gemeenschappelijke kenmerken. Zo wordt telkens een bepaalde categorie van personen beschermd waarvan wordt aangenomen dat ze beschermingsbehoefte is, zonder dat dit evenwel moet worden bewezen door diegene die zich op de bescherming beroept.¹⁰⁶ Een merkbare evolutie bestaat erin om niet zozeer een bepaalde overeenkomst te reglementeren, maar veeleer bepaalde personen te beschermen, ongeacht het soort contract dat ze sluiten.¹⁰⁷ Typerend is ook dat de bescherming zich veelal beperkt tot de duurtijd van de overeenkomst. Gedurende deze periode komen partijen immers in een bijzondere verhouding te staan ten aanzien van elkaar die gekenmerkt wordt door een feitelijke ongelijkheid. Bij de beëindiging van de overeenkomst verdwijnt veelal de nood aan bescherming, aangezien de druk die de sterkere contractpartij aan de zwakke partij kan opleggen, dan wegvalt.¹⁰⁸

Met de dwingende wetgeving die in de loop van 20^e eeuw werd uitgevaardigd, trachtte de wetgever de feitelijke ongelijkheid tussen de contractpartijen weg te werken. Dat werd concreet bewerkstelligd door onder meer de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomsten op dwingende wijze te reglementeren. Zo werd geprobeerd om een daadwerkelijke contractvrijheid in hoofde van de zwakke contractpartij alsmede een daadwerkelijk contractueel evenwicht te bewerkstelligen. Naast deze dwingende wetsbepalingen werden ook een aantal instrumenten ontwikkeld door rechtspraak en rechtsleer die deze materialisering van contractvrijheid en contractueel evenwicht nastreven.

C. Materialisering van contractvrijheid

44. *Formele versus materiële contractvrijheid* – Sommige technieken ter bescherming van de zwakke contractpartij zijn erop gericht daadwerkelijke of *materiële* contractvrijheid te garanderen aan de zwakke contractpartij. Materiële contractvrijheid wijst op de daadwerkelijke vrijheid van het autonoom handelende rechtssubject om – los van enige feitelijke belemmering – contracten af te sluiten en de inhoud ervan te bepalen. Zowel externe als interne hindernissen van daadwerkelijke

⁹⁹ Wet 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *BS* 29 augustus 1991.

¹⁰⁰ Wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *BS* 9 juli 1991; wet 4 augustus 1992 op het hypothecair krediet, *BS* 19 augustus 1992.

¹⁰¹ Wet 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, *BS* 20 augustus 1992.

¹⁰² Wet 16 februari 1994 tot regeling van het contract tot reisorganisatie en reisbemiddeling, *BS* 1 april 1994.

¹⁰³ Voor een algemeen overzicht van deze wetgevende tussenkomsten, zie onder meer F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *RW* 1991-1992, (1141) 1150. Voor een overzicht van de tussenkomsten van de Franse wetgever, zie J. GHESTIN, "Le principe de l'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé", in C. PERELMAN en I. INGBER (eds.), *L'égalité*, 1983, (31) 38 e.v. Voor een overzicht in het Nederlandse recht, zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 42.

¹⁰⁴ Wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006.

¹⁰⁵ Wet 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *BS* 7 augustus 2002. Meer hierover, *infra*, nrs. 403-405.

¹⁰⁶ F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *RW* 1991-1992, (1141) 1150-1151.

¹⁰⁷ P. VAN OMMESLAGHE, "Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années", *TPR* 2001, (357) 365-366.

¹⁰⁸ F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *RW* 1991-1992, (1141) 1151.

vrijheid zijn uit den boze, bijvoorbeeld een informatietekort, een tekort aan know-how of een bepaalde marktstructuur.¹⁰⁹ De materiële contractvrijheid moet onderscheiden worden van de *formele* contractvrijheid, d.i. de juridische contractvrijheid die ten grondslag ligt aan het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek.¹¹⁰

Tussen de formele en de materiële contractvrijheid bestaat onmiskenbaar een spanningsverhouding. Zo vormen de vele wetgevingsinitiatieven uit de 20^e eeuw een beperking van de formele contractvrijheid, ook al werden deze dwingende wetsbepalingen vaak ingevoerd ter vrijwaring van de materiële contractvrijheid in hoofde van de zwakke contractpartij. Daarenboven leidt formele contractvrijheid ook tot gebondenheid¹¹¹, terwijl de vooropstelling van materiële contractvrijheid er vaak toe leidt dat partijen niet langer gebonden zijn. Het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst lijkt in gevaar wanneer een aantasting van de materiële contractvrijheid volstaat om te verhinderen dat een contract de partijen bindt of bindend blijft.¹¹² De materiële contractvrijheid is echter veeleer een nuancering dan een bedreiging voor het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst. Alleen overeenkomsten die met respect voor de materiële contractvrijheid van partijen tot stand zijn gekomen, zijn immers bindend.¹¹³

45. *Theorie inzake de wilsgebreken* – Reeds bij de opstelling van het Burgerlijk Wetboek had men oog voor de materiële contractvrijheid. Dat blijkt in het bijzonder uit de theorie inzake de wilsgebreken, neergelegd in de artikelen 1109 e.v. B.W. De leer inzake de wilsgebreken reageert op een tekort aan daadwerkelijke contractvrijheid, niet zozeer door de formele contractvrijheid uit te sluiten (bijvoorbeeld bij toepassing van de regels inzake de bekwaamheid), maar wel door het mogelijk maken van een daadwerkelijk vrije beslissing na de rechtzetting van het wilsgebrek.¹¹⁴

De theorie inzake de wilsgebreken illustreert de feitelijk ongelijke positie waarin contractpartijen zich vaak bevinden. Zo ondervindt het slachtoffer van bedrog of geweld de gevolgen van de machtspositie van zijn medecontractant, terwijl de dwaling kan wijzen op een zwakke situatie in hoofde van het slachtoffer van het wilsgebrek ten gevolge van een gebrek aan kennis.¹¹⁵ In de Belgische en Franse rechtspraak en rechtsleer inzake de wilsgebreken kunnen een aantal evoluties worden waargenomen die wijzen op een groeiende aandacht voor de materiële contractvrijheid doorheen de 20^e eeuw. In dit verband kan verwezen worden naar de ontwikkeling en sanctionering van het incidenteel bedrog¹¹⁶, de soepele invulling van de voorwaarden van de wilsgebreken¹¹⁷ alsmede de

¹⁰⁹ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 10-11.

¹¹⁰ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”, *AcP* 2000, (273) 277; C. MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 10; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 44. Ook DREXL onderscheidt deze beide begrippen (J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 294). Zie ook O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, 2007, 10-11.

¹¹¹ *Supra*, nrs. 30-31.

¹¹² C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner “Materialisierung”, *AcP* 2000, (273) 279; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 44.

¹¹³ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 44.

¹¹⁴ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 47.

¹¹⁵ M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (614) 626.

¹¹⁶ Zie onder meer RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 206 e.v.; C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 80; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 315. Ook de rechtspraak heeft het bestaan van de rechtsfiguur incidenteel bedrog erkend (E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1217).

¹¹⁷ Vooreerst kan gewezen worden op de ruime interpretatie die in de rechtspraak en de rechtsleer in de loop der jaren werd gegeven aan het begrip *zelfstandigheid van de zaak* bij het wilsgebrek dwaling. (Zie CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 46; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 162. Zie tevens de Franse auteurs FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 149 e.v.; L. JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 36-37; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 293 e.v.; TERRÉ e.a., *Les obligations*,

tussenkomsst van de precontractuele informatieplichten¹¹⁸ en van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels¹¹⁹ bij de beoordeling van de wilsgebreken dwaling en bedrog.

46. *Gekwalificeerde benadeling* – Ook de figuur van de gekwalificeerde benadeling kadert in de tendens tot materialisering van de contractvrijheid.¹²⁰ De gekwalificeerde benadeling sanctioneert een ernstige benadeling van één van de contractpartijen ten gevolge van een misbruik van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde partij zich op het ogenblik van de contractsluiting bevindt ten aanzien van de medecontractant. Vereist is tevens dat zonder het misbruik het contract niet of minstens tegen minder nadelige voorwaarden zou zijn gesloten. Aangenomen wordt dat onder deze omstandigheden geen sprake kan zijn van een daadwerkelijk vrije wil in hoofde van de zwakke contractpartij.¹²¹

Aangezien de gekwalificeerde benadeling een rechterlijke toetsing inhoudt van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, kan deze rechtsfiguur tevens gekaderd worden binnen de tendens tot materialisering van het contractueel evenwicht.¹²² Evenwel moet nu reeds benadrukt worden dat de gekwalificeerde benadeling net gesanctioneerd wordt omwille van de aanwezigheid van misbruik bij de contractsluiting, en dat de bestaansreden van deze rechtsfiguur dus voornamelijk gesitueerd kan worden in de afwezigheid van echte contractvrijheid.¹²³ In die zin legt DE LY o.i. dan ook een verkeerde nadruk wanneer hij stelt dat bij de gekwalificeerde benadeling de gedachte centraal staat “dat overeenkomsten waaraan een duidelijke vrije consensus beantwoordt, toch kunnen worden aangetast indien een der contractanten onder bepaalde omstandigheden duidelijk werd benadeeld”.¹²⁴

47. *Theorie inzake de culpa in contrahendo* – De rechtspraak en de rechtsleer hebben een nieuw leerstuk ontwikkeld dat van toepassing is op de precontractuele fase, met name de theorie inzake de *culpa in contrahendo*. Kernachtig kan gesteld worden dat partijen zich in de precontractuele fase dienen te gedragen zoals een normaal, zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde externe omstandigheden zich zou gedragen. Deze leer van de *culpa in contrahendo* sanctioneert op basis van

2005, 218 e.v.). Verder kan in dit verband verwezen worden naar de ontwikkeling van het wilsgebrek geweld dat voortvloeit uit bepaalde omstandigheden, aangeduid met het begrip *noodtoestand*. (Zie o.m. bij DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 77-78; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 45; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 192 e.v.).

¹¹⁸ Zo kan het stilzwijgen van een partij in bepaalde omstandigheden als een kunstgreep worden beschouwd. Zie op grondige wijze bij DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 284-291 en A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. I Leerstoel Professor C. Matheeuissen*, 2006, 37-100. Zie verder ook bij CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 60; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1210; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 344 e.v.; J.P. MASSON, “Les fourberies silencieuses”, (noot onder Cass. 8 juni 1978), *RCJB* 1979, 527-542; C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 72 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 84-85; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: Les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 711-712; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 123; P. VAN OMMELAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, X. (ed.), *Liber amicorum J. Heenen*, 1994, (509) 544. Zie voor het *Franse* recht, FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 165 e.v.; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 534 e.v.; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX, “Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion”, in X. (ed.), *L’abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles*, 1990, (78) 81-82; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 237 e.v.; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *RTDC* 1997, (357) 378.

¹¹⁹ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 38 e.v.

¹²⁰ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 280-281; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 47.

¹²¹ Voor een diepgaande bespreking van deze rechtsfiguur, *infra*, nrs. 330 e.v.

¹²² *Infra*, nr. 53.

¹²³ *Infra*, nrs. 298 e.v.

¹²⁴ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1154.

artikel 1382 B.W. de fouten die gepleegd worden tijdens de precontractuele fase.¹²⁵ In samenlezing met de theorie van de wilsgebreken en met de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling kadert ook de ontwikkeling van de *culpa in contrahendo* in de tendens tot materialisering van de contractvrijheid.¹²⁶ Via de theorie inzake de *culpa in contrahendo* kunnen het bedrog en het geweld die niet doorslaggevend zijn voor de contractsluiting, en derhalve geen wilsgebrek zijn die tot de nietigheid aanleiding geven, alsnog gesanctioneerd worden en aanleiding geven tot een schadevergoeding. Zoals we verder in dit proefschrift zullen aantonen, vormt deze theorie van de *culpa in contrahendo* ook de grondslag voor de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.¹²⁷

48. *Precontractuele informatieplichten* – Dankzij het opleggen van precontractuele informatieplichten kan de gelijkheid tussen de contractpartijen bij de contractsluiting hersteld worden.¹²⁸ De onwetendheid of het gebrek aan informatie in hoofde van één van de contractpartijen kan immers de oorzaak zijn van de ongelijkheid die tussen partijen bestaat op het ogenblik van de contractsluiting.¹²⁹ Het informeren van de contractpartij die zich in een zwakke positie bevindt aangaande de af te sluiten overeenkomst, leidt er toe dat zijn wil volwaardig en daadwerkelijk vrij wordt.¹³⁰ Of zoals de Franse socioloog SAUVY het verwoordde: “*Au XXe siècle, être libre, c’est être informé*”.¹³¹ In het gemeen contractenrecht werden de precontractuele informatieplichten in de loop van de 20^e eeuw ontwikkeld door de rechtspraak en de rechtsleer.¹³² Een wettelijke toepassing van deze precontractuele informatieplichten is neergelegd in artikel 4 WMC (oud art. 30 WHPC).¹³³

49. *Toenemend formalisme* – In samenhang met de precontractuele informatieplichten kan ook melding worden gemaakt van de toenemende formalistische vereisten die door de wetgever worden opgelegd. Waar de wetgever het nodig acht om de aandacht van (één van) de contractpartijen te vestigen op de draagwijdte van de verbintenissen die hij onderschrijft, worden een aantal formele

¹²⁵ *Infra*, nrs. 531 e.v.

¹²⁶ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 47. Zie ook P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, 82-83; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 46.

¹²⁷ *Infra*, nrs. 649 e.v.

¹²⁸ D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1191. Voor het Franse recht, zie C. THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *RTDC* 1997, (357) 379.

¹²⁹ A. DE BOECK, “De informatieverplichting van de professioneel t.a.v. de consument”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (1) 47; M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (614) 626; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1191.

¹³⁰ D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1196; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 48. Zie ook in het Duitse recht, MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 181-182.

¹³¹ Citaat van A. SAUVY. Ook VOLTAIRE stelde in dezelfde zin: “*Pour être libre, il faut être informé*”.

¹³² Zie aangaande deze precontractuele informatieplichten in het gemeen contractenrecht: DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 572 p.; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1195-1238; W. WILMS, “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-1981, 489-520. Zie tevens R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 278 e.v.

¹³³ P. VAN OMMESELAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, X. (ed.), *Liber amicorum J. Heenen*, 1994, (509) 538-539. Zie aangaande art. 30 WHPC in het bijzonder, A. DE BOECK, “De informatieverplichting van de professioneel t.a.v. de consument”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, 1-47; P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, 89 e.v.; F. DOMONT-NAERT, “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (219) 224. Zie voordien ook reeds het artikel van G. ROMMEL, “De informatieplicht in het consumentenrecht”, *RW* 1983-1984, 2273-2312.

vereisten aan de contractsluiting opgelegd.¹³⁴ Dit toenemend formalisme kenmerkt vooral de dwingende wetgeving ter bescherming van de consument.¹³⁵

50. *Herroepingsrecht* – Ook het herroepingsrecht moet vermeld worden als één van de technieken tot materialisering van de contractvrijheid. Contractpartijen van wie vermoed wordt dat de uitgedrukte wil geen daadwerkelijk vrije en weloverwogen wil is, krijgen door dit herroepingsrecht de kans om zich te bedenken omtrent de contractsluiting.¹³⁶ Derhalve zorgt het herroepingsrecht er voor dat enkel een daadwerkelijk vrije wil leidt tot een bindende overeenkomst.¹³⁷

D. Materialisering van contractueel evenwicht

51. *Formeel versus materieel contractueel evenwicht* – *Formeel contractueel evenwicht* ligt voor wanneer een rechtsorde als tegenprestatie erkent hetgeen contractpartijen zijn overeengekomen, en dit los van zijn inhoud alsook van objectieve criteria (bv. de redelijkheid en/of gelijkwaardigheid van contractuele bedingen of de contractuele hoofdprestaties). Het formeel contractueel evenwicht vertoont dan ook een procedureel karakter: het evenwicht vloeit immers voort uit de contractsluiting die door de rechtsorde als een bepaald proces gerespecteerd en aanvaard wordt.¹³⁸ Van een *materieel contractueel evenwicht* is daarentegen sprake indien de tegenprestatie inhoudelijk wordt vastgelegd zonder noodzakelijk rekening te houden met de wil van de contractpartijen. Materieel contractueel evenwicht vloeit dan ook niet voort uit het proces van de contractsluiting, maar vertrekt veeleer vanuit bepaalde inhoudelijke vooropstellingen.¹³⁹

¹³⁴ M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (614) 627; J.-M. TRIGAUX, “L’incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats”, *Ann. Dr. Louvain* 1997, (189) 206 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, X. (ed.), *Liber amicorum J. Heenen*, 1994, (509) 533.

¹³⁵ Zie bv. art. 82, §1 WMC (oud art. 39bis WHPC), waar bepaald wordt dat een beding tot verlenging van een dienstenovereenkomst van bepaalde duur tussen onderneming en consument *in vetgedrukte letters en in een kader los van de tekst, op de voorzijde van de eerste bladzijde* moet worden geplaatst. Zie F. DOMONT-NAERT, “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (219) 225 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, X. (ed.), *Liber amicorum J. Heenen*, 1994, (509) 533. Voor het Nederlandse recht, zie o.m. H.J.S.M. LANGBROEK, “Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (413) 416-418. Voor het Franse recht, zie J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX, “Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion”, in X. (ed.), *L’abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles*, 1990, (78) 83 e.v.

¹³⁶ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 49; P. VAN OMMESELAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, X. (ed.), *Liber amicorum J. Heenen*, 1994, (509) 524. Zie ook J.-M. TRIGAUX, “L’incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats”, *Ann. Dr. Louvain* 1997, (189) 231 e.v.

¹³⁷ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 49. Zie ook de Franse auteur C. THIBIERGE-GUELFUCCI, “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, *RTDC* 1997, (357) 379 en de Nederlandse auteur H.J.S.M. LANGBROEK, “Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (413) 418 e.v. Voor een grondige analyse van het herroepingsrecht, zie TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 686 p.

¹³⁸ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 283; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 11. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 49.

¹³⁹ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 283; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 11. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 49. Opgemerkt moet worden dat o.i. de notie *contractueel evenwicht* door CANARIS te beperkt wordt geformuleerd. Contractueel evenwicht omvat naast het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties immers ook het evenwicht tussen de wederzijdse rechten en plichten van de contractpartijen (*Supra*, nr. 7).

Onze rechtsorde hanteert als vertrekpunt onmiskenbaar een formeel contractueel evenwicht, waarbij de contractuele rechten en plichten alsmede de contractuele hoofdprestaties door de partijen zelf worden vastgelegd. Evenwel is er een tendens waar te nemen tot materialisering van het contractueel evenwicht – er worden correcties doorgevoerd op het formeel contractueel evenwicht – als reactie op de onevenwichtige overeenkomsten ten gevolge van de feitelijke ongelijkheid tussen de contractpartijen.¹⁴⁰

52. *Benadeling* – De eerste rechtsfiguur die gesitueerd kan worden in de tendens tot materialisering van het contractueel evenwicht, is de benadeling. Deze rechtsfiguur houdt een rechterlijke toetsing in van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. In deel II wordt duidelijk dat een aantal toepassingsgevallen van de benadeling werden ingevoerd ter bescherming van de zwakke contractpartij, in het bijzonder bij een (dreigende) aantasting van zijn vrije wil.¹⁴¹ Vanuit dat oogpunt kan de rechtsfiguur van de benadeling ook beschouwd worden als een instrument dat de aantasting van de contractvrijheid compenseert.¹⁴²

53. *Gekwalificeerde benadeling* – Aangezien de gekwalificeerde benadeling naast het misbruik van de ondergeschikte positie van één van de contractpartijen, tevens een aanzienlijke wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties vereist, kadert deze figuur ook in de tendens tot materialisering van het contractueel evenwicht.¹⁴³

54. *Onrechtmatige bedingenleer* – De onrechtmatige bedingenleer die neergelegd is in de WMC (oude WHPC), vormt eveneens een techniek tot materialisering van het contractueel evenwicht.¹⁴⁴ Deze leer tracht de consument te beschermen tegen de mogelijke misbruiken uitgaand van zijn professionele medecontractant.¹⁴⁵ Ook deze regeling vloeit voort uit de vaststelling dat de professioneel en de consument zich in een ongelijke contractuele positie bevinden. Aangezien in de onrechtmatige bedingenleer de toetsing van kernbedingen expliciet wordt uitgesloten, zal deze leer een belangrijk onderdeel uitmaken van ons onderzoek naar de mogelijke toepassing van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties als instrument van consumentenbescherming.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Zie D. MAZEAUX, “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, in X. (ed.), *Mélanges offerts à François Terré*, 1999, 603 e.v., n° 31: “C’est bien à cela que conduit l’exigence de justice contractuelle: non pas imposer ‘une équivalence des prestations réciproques, un équilibre parfait des pouvoirs et un esprit caritatif de la part des contractants’, mais corriger les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n’ont d’autre justification qu’un rapport de force inégalitaire ou qu’un bouleversement des circonstances économiques”. Ook aangehaald door L. CADIET, “Une justice contractuelle, l’autre”, X. (ed.), *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, 2001, (177) 182.

¹⁴¹ *Infra*, nrs. 173 e.v.

¹⁴² Zie in dit verband ook, *infra*, nrs. 56 en 121.

¹⁴³ P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, 85; TERRY, *Bedenk tijden in het consumentenrecht*, 2008, 51. Zie in dezelfde zin aangaande de *Duitse* rechtsfiguur woeker, C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 287.

¹⁴⁴ Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 2; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 51.

¹⁴⁵ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 8; LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 417-418.

¹⁴⁶ *Infra*, Deel III, Hoofdstuk I.

E. Rangorde tussen materialisering van de contractvrijheid en materialisering van het contractueel evenwicht

55. *Materialisering van contractvrijheid als prioriteit* – In de eerste plaats moet de individuele wil van de contractpartijen bij de contractsluiting gerespecteerd worden. Daarbij komt het niet toe aan de rechtsorde om het contract als rechtvaardig of onrechtvaardig te beoordelen. Enkel de wil van de contractpartijen is bepalend voor de aangewezen contractuele regeling in een bepaalde situatie. Enkel indien geen daadwerkelijke beslissingsvrijheid mogelijk is in hoofde van de contractpartijen, grijpt het recht op corrigerende wijze in.¹⁴⁷

Het herstel van de daadwerkelijke beslissingsvrijheid in hoofde van de contractpartijen is vaak gekoppeld aan een procedureel moment. Zo zijn bepaalde handelingen bij de contractsluiting, bijvoorbeeld het verstrekken van toereikende informatie, de afwezigheid van uitwendige aantastingen van de wil alsook de geldigheidsvereisten voor de contractsluiting zelf, erop gericht om in hoofde van de contractpartijen een beslissing te bewerkstelligen die getuigt van beslissingsvrijheid.¹⁴⁸

56. *Materialisering van contractueel evenwicht in tweede orde* – De samenhang tussen formeel contractueel evenwicht en het beginsel van contractvrijheid werd reeds aangestipt. Bij formeel contractueel evenwicht ligt de bindende kracht van de overeenkomst vast bij inachtneming van een bepaalde procedure, onafhankelijk van verdere inhoudelijke controles. Wat partijen zelf overeengekomen zijn, moet gerespecteerd worden: “*Volenti fit iniuria*”. Dat adagium kan echter pas overtuigen wanneer ook daadwerkelijk contractvrijheid aanwezig is. In die zin dient de materiële contractvrijheid ook het formeel contractueel evenwicht.¹⁴⁹ Een materialisering van de contractvrijheid kan evenwel niet steeds het gebrek aan contractueel evenwicht oplossen. In die gevallen lijkt enkel een materiële benadering van het contractueel evenwicht soelaas te bieden. Het is dus pas in tweede instantie dat de rechtsorde ook de verhindering nastreeft van onevenwichtige overeenkomsten. De subsidiaire taak van de rechtsorde tot herstel van een objectief evenwichtig contract kan hieraan herkend worden, dat enkel ingegrepen wordt, wanneer de materiële contractvrijheid verstoord is en diens herstel achteraf niet mogelijk is. Een corrigerend ingrijpen bij onevenwichtige contracten vindt zijn grondslag in het falen van de individuele beslissingsvrijheid.¹⁵⁰

AFDELING II. ONTWIKKELING VAN HET (EUROPESE) CONSUMENTENRECHT

57. *Sturing vanuit Europa*¹⁵¹ – In de vorige afdeling werd aangetoond dat de groeiende aandacht voor de bescherming van de zwakke contractpartij in de 20^e eeuw geleid heeft tot verschillende nationale maatregelen ter bescherming van de consument. Verschillende dwingende wetten werden uitgevaardigd ter bescherming van de consument, waarin onder meer voorzien werd in precontractuele informatieplichten, bedenkttermijnen en een rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen ten voordele

¹⁴⁷ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 48.

¹⁴⁸ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 48.

¹⁴⁹ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 286-287; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 12. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 48-49.

¹⁵⁰ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 48.

¹⁵¹ Aangezien het EG-Verdrag recent werd gewijzigd en herdoopt in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*PB* C 30 maart 2010, afl. 83, 47; hierna *VWEU* genoemd), wordt hierna zowel naar de oude nummering van het EG-Verdrag als naar de nieuwe nummering van het *VWEU* verwezen. Zie dienaangaande ook de volgende bijdrage: I. SAMOY, “Hoe Europees kleurt het Belgische privaatrecht anno 2010? Kapstokken voor de praktizijn die geconfronteerd wordt met Europese invloeden op het Belgische contractenrecht”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (105) 109 e.v.

van de consument. De ontwikkeling van het nationale consumentenrecht kadert dan ook in die tendens tot bescherming van de zwakke contractpartij. Evenwel moet benadrukt worden dat het nationale consumentenrecht in grote mate gestuurd wordt vanuit de Europese Unie.¹⁵² Hierna wordt een beknopt overzicht geschetst van de ontwikkeling van het Europese consumentenrecht.¹⁵³

58. *Verdrag van Rome (1957)* – In het Verdrag van Rome werd aan de toenmalige Europese Economische Gemeenschap geen bevoegdheid toegekend op het vlak van consumentenbeleid. Consumentenbescherming werd er louter beschouwd als een accessorium van de doelstelling tot realisatie van een Europese interne markt.¹⁵⁴

59. *Resolutie met eerste programma inzake consumentenbeleid (1975)* – Een kentering kwam er met een resolutie van de Raad op 14 april 1975.¹⁵⁵ Deze resolutie omvatte een eerste actieprogramma voor een Europees beleid inzake de bescherming en de voorlichting van de consument. In dit programma werden vijf basisrechten van de consument vooropgesteld: (i) het recht op bescherming van zijn gezondheid en de veiligheid, (ii) het recht op bescherming van zijn economische belangen, (iii) het recht op schadevergoeding, (iv) het recht op voorlichting en vorming en (v) het recht op vertegenwoordiging (recht om te worden gehoord).¹⁵⁶

In het kielzog van dit eerste actieprogramma volgden in de tweede helft van de jaren '70 en in de eerste helft van de jaren '80 de eerste richtlijnen inzake consumentenbescherming. Het betrof uiteindelijk slechts een beperkt aantal richtlijnen, onder meer inzake de etikettering van voedingsmiddelen¹⁵⁷, de prijsaanduiding van voedingsmiddelen¹⁵⁸, misleidende reclame¹⁵⁹, productaansprakelijkheid¹⁶⁰, consumentenkrediet¹⁶¹ en verkoop buiten de onderneming¹⁶².

¹⁵² TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 60.

¹⁵³ Voor een gedetailleerd overzicht van de ontwikkeling van het Europese consumentenrecht, zie o.m. T. BOURGOIGNIE, "European Community consumer law and policy: from Rome to Amsterdam", *CLJ* 1998, 443-462; STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 197-246; J. STUYCK, "Politique européenne de la consommation", in *Jurisclasseur Europe Traité* 2008, (1) 4 e.v.; J. STUYCK, "European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?", *CMLR* 2000, 367-400.

¹⁵⁴ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 4-5; N. REICH, "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 9; J. STUYCK, "European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?", *CMLR* 2000, (367) 377; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 60-61. Zie ook J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 44-45.

¹⁵⁵ Resolutie van de Raad van 14 april 1975 betreffende een eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB C* 92, 25 april 1975, 1.

¹⁵⁶ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 46; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 6; N. REICH, "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 10-11; J. STUYCK, "European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?", *CMLR* 2000, (367) 377-378; STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 203; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 61.

¹⁵⁷ Richtlijn 79/112/EEG van de Raad van 18 december 1978 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake etikettering en presentatie van levensmiddelen bestemd voor de eindverbruiker alsmede inzake de daarvoor gemaakte reclame, *PB L* 33, 18 februari 1979, 1-14.

¹⁵⁸ Richtlijn 79/581/EEG van de Raad van 19 juni 1979 inzake de bescherming van de consument op het gebied van de prijsaanduiding van levensmiddelen, *PB L* 158, 26 juni 1979, 19-21.

¹⁵⁹ Richtlijn 84/450/EEG van de Raad van 10 september 1984 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake misleidende reclame, *PB L* 250, 19 september 1984, 17-20.

¹⁶⁰ Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PB L* 210, 7 augustus 1985, 29-33.

¹⁶¹ Richtlijn 87/102/EEG van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet, *PB L* 42, 12 februari 1987, 48-53.

¹⁶² Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PB L* 372, 31 december 1985, 31-33.

60. *Europese Eenheidsakte (1987)* – Met de Europese Eenheidsakte¹⁶³, in werking getreden op 1 juli 1987, werd consumentenbescherming voor het eerst als een zelfstandig beleidsdoel erkend, weliswaar nog steeds als onderdeel van het programma ter realisatie van de interne markt.¹⁶⁴ Sinds de Eenheidsakte wordt in artikel 114, lid 3 VWEU (oud art. 95, lid 3 EG-Verdrag) bepaald dat de Commissie bij het voorstellen van maatregelen op het gebied van consumentenbescherming zal uitgaan van een hoog beschermingsniveau.¹⁶⁵

De idee groeide dat het vertrouwen van de consument onmisbaar is voor de realisatie van een goed functionerende interne markt, die men tegen eind 1992 wil realiseren. Het concept van de *confident consumer* werd ontwikkeld en was belangrijk bij de aanneming van een aantal richtlijnen. Na de inwerkingtreding van de Europese Akte werden een aantal belangrijke richtlijnen inzake consumentenbescherming aangenomen op basis van artikel 114 VWEU (oud art. 95 EG-Verdrag).¹⁶⁶ In het kader van dit proefschrift dient voornamelijk gewezen te worden op de Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen (hierna *Richtlijn Oneerlijke Bedingen* genoemd).¹⁶⁷

61. *Verdrag van Maastricht (1992)*¹⁶⁸ – Pas met het Verdrag van Maastricht werd in het EG-Verdrag een aparte titel XI inzake consumentenbescherming opgenomen (nu titel XV VWEU). Overeenkomstig artikel 169 VWEU (oud art. 153 EG-Verdrag) draagt de Gemeenschap bij tot de verwezenlijking van een hoog niveau van consumentenbescherming. Deze bijdrage van de Gemeenschap werd gerealiseerd, enerzijds, door middel van maatregelen op basis van artikel 114 VWEU (oud art. 95 EG-Verdrag) in het kader van de totstandbrenging van de interne markt en, anderzijds, door middel van specifieke maatregelen ter ondersteuning en aanvulling van het beleid van de lidstaten.¹⁶⁹ Benadrukt wordt evenwel dat deze maatregelen niet beletten dat de lidstaten nationale maatregelen treffen of handhaven met een hogere beschermingsgraad.¹⁷⁰ Naast een onderdeel van het beleid inzake de interne markt dient het consumentenbeleid aldus ook ter ondersteuning van het nationale consumentenbeleid van de lidstaten.¹⁷¹

¹⁶³ PB L 169, 29 juni 1987.

¹⁶⁴ J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?”, *CMLR* 2000, (367) 378; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 62.

¹⁶⁵ N. REICH, “Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 12; J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?”, *CMLR* 2000, (367) 378; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 62.

¹⁶⁶ Zie bv. Richtlijn 88/378/EEG van de Raad van 3 mei 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake de veiligheid van speelgoed, *PB L* 187, 16 juli 1988, 1-13; Richtlijn 94/47/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 26 oktober 1994 betreffende de bescherming van de verkrijger voor wat bepaalde aspecten betreft van overeenkomsten inzake de verkrijging van een recht van deeltijds gebruik van onroerende goederen (timesharing), *PB L* 280, 29 oktober 1994, 83-87; Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PB L* 144, 4 juni 1997, 19-27; Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PB L* 171, 7 juli 1999, 12-16.

¹⁶⁷ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB L* 95, 21 april 1993, 29-34.

¹⁶⁸ Verdrag betreffende de Europese Unie, *PB C* 191, 29 juli 1992.

¹⁶⁹ J. CALAIS-AULOY, “Un code européen de la consommation?”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (399) 404; N. REICH, “Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 13.

¹⁷⁰ Art. 169, lid 4 VWEU (oud art. 153, lid 5 EG-Verdrag).

¹⁷¹ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 54; J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?”, *CMLR* 2000, (367) 379-382; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 63.

62. *Verdrag van Amsterdam (1997)* – Sinds het Verdrag van Amsterdam werden in artikel 169 VWEU (oud art. 153 EG-Verdrag) de rechten van de consument op voorlichting en vorming alsmede hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen, expliciet erkend. Tevens werd bepaald dat met de eisen inzake consumentenbescherming rekening wordt gehouden op andere gebieden van het beleid en het optreden van de gemeenschap.¹⁷²

63. *Actieplan voor consumentenbeleid 2002-2006*¹⁷³ – Met dit actieplan voor het consumentenbeleid werden drie doelstellingen voor het toekomstige Europese consumentenbeleid vooropgesteld, met name (i) een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming, (ii) een doeltreffende handhaving van voorschriften inzake consumentenbescherming en (iii) een rol voor de consumentenorganisaties bij het EU-beleid.¹⁷⁴

In het kader van dit proefschrift is vooral de richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken van belang (hierna *Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken* genoemd)¹⁷⁵, evenals de herziening van het bestaande communautaire acquis inzake consumentencontracten en de inkadering van de wetgeving inzake consumentencontracten in de plannen tot verdere harmonisering van het Europese verbintenissenrecht, minstens in het creëren van een Gemeenschappelijk Referentiekader.¹⁷⁶

64. *Actieplan voor consumentenbeleid 2007-2013*¹⁷⁷ – De doelstellingen van dit nieuwe actieplan sluiten nauw aan bij deze uit de voorgaande periode, met name een hoog niveau van consumentenbescherming en de toepassing van consumentenbeschermingsvoorschriften. Volgende drie concrete doelstellingen werden in dit meest recente actieplan vooropgesteld: (i) het mondig maken van de Europese consument, (ii) het welzijn van de Europese consument verbeteren vanuit het oogpunt van prijs, keuze, kwaliteit, verscheidenheid, betaalbaarheid en veiligheid en (iii) de consument doeltreffend beschermen tegen ernstige risico's en bedreigingen waar hij individueel machteloos tegenover staat. In het kader van dit proefschrift gaat onze aandacht voornamelijk uit naar de verdere herziening van het consumentenacquis.¹⁷⁸

65. *Groenboek tot herziening van het consumentenacquis* – In 2004 werd door de Europese Commissie een herziening van het consumentenacquis op stapel gezet, teneinde het bestaande

¹⁷² Art. 12 VWEU (oud art. 153, lid 2 EG-Verdrag). Zie ook N. REICH, "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 14-15; J. STUYCK, "European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?", *CMLR* 2000, (367) 382 e.v.; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 64.

¹⁷³ Mededeling van de Commissie van 7 mei 2002 aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's – "Strategie voor het consumentenbeleid 2000-2006", COM (2002) 208 def., *PB C* 8 juni 2002, 137/2.

¹⁷⁴ N. REICH, "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 15-16; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 64-65.

¹⁷⁵ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PB L* 149 van 11 juni 2005, 22-39. Zie ook *infra*, nrs. 1237 e.v.

¹⁷⁶ Meer hierover, *infra*, nrs. 74-75.

¹⁷⁷ Besluit Nr. 1926/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2006 tot vaststelling van een communautair actieprogramma op het gebied van het consumentenbeleid (2007-2013), *PB L* 404, 30 december 2006, 39-45; Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité, EU-Strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013, COM (2007) 99 def.

¹⁷⁸ Zie ook N. REICH, "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 16.

consumentenacquis te vereenvoudigen en te vervolledigen, en derhalve te verbeteren.¹⁷⁹ De herziening had aanvankelijk betrekking op acht richtlijnen inzake consumentenbescherming, waaronder de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Het belangrijkste doel van de herziening is de realisatie van een echte interne markt voor de consument waarbij een goed evenwicht gevonden wordt tussen een hoog beschermingsniveau voor de consument en het concurrentievermogen van het bedrijfsleven. Begin 2007 werd hiertoe het Groenboek inzake de herziening van het consumentenacquis gepubliceerd.¹⁸⁰ Met dit Groenboek werden alle belangstellenden uitgenodigd om hun mening inzake de herziening van het consumentenacquis kenbaar te maken. De Europese Commissie ontving hieromtrent meer dan 300 antwoorden en vatte deze reacties samen in een werkdocument.¹⁸¹

66. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – In het kader van dit proefschrift zijn voornamelijk de vragen uit het Groenboek inzake de Richtlijn Oneerlijke Bedingen van belang. Aangaande deze richtlijn werden drie vragen gesteld, waarvan voornamelijk de derde vraag ons onderzoek aanbelangt. Deze vraag betrof de werkingssfeer van de oneerlijkheidstoetsing. In het bijzonder werd de vraag gesteld of de werkingssfeer van de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen moet worden uitgebreid. Als eerste optie werd voorgehouden dat de beoordeling moet worden uitgebreid tot het voorwerp van de overeenkomst en de prijs, d.i. een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. De tweede optie stelde daarentegen een status-quo voor.¹⁸²

67. *Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008* – Voortbouwend op het Groenboek en de vele reacties daarop nam de Europese Commissie op 8 oktober 2008 een voorstel van richtlijn inzake consumentenrechten aan.¹⁸³ Met dit voorstel tracht de Commissie bij te dragen tot de goede functionering van de *business-to-consumer* interne markt en tot het bereiken van een hoog gemeenschappelijk niveau van consumentenbescherming via de harmonisatie van de sleutelaspecten van consumentencontractenrecht die relevant zijn voor de interne markt.¹⁸⁴ Het voorstel omvat een herziening van vier bestaande richtlijnen, met name de Richtlijn betreffende de bescherming van de

¹⁷⁹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, Europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM(2004) 651 def., PB C 14, 20 januari 2005, 6.

¹⁸⁰ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2006) 744 def. Zie aangaande het Groenboek: B. HEIDERHOFF en M. KENNY, "The Commission's 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: deliberate deliberation?", *E.L.Rev.* 2007, 740-751; E. TERRY, "The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis", *TvC* 2007, 105-110; M.B.M. LOOS, "Herziening van het Europese consumentenrecht", *NTeR* 2008, 29-29 (deel I) en *NTeR* 2008, 74-83 (deel II); C. TWIGG-FLESNER, "No sense of purpose or direction? The Modernisation of European Consumer Law", *ERCL* 2007, (198) 198-200.

¹⁸¹ Commission staff working paper, *Report on the outcome of the public consultation on the green paper on the review of the consumer acquis*. Dit werkdocument werd aangevuld met een gedetailleerde analyse van de reacties op het Groenboek. Zie Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis, DG Health and Consumer protection, 6 november 2007.

¹⁸² Meer hierover, *infra*, nrs. 915-917.

¹⁸³ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees parlement en de raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, COM (2008) 614 (hierna *Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008* genoemd). Voor een bespreking van dit voorstel, zie M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS, *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 263 p.; G. HOWELLS en R. SCHULZE (EDS.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, 322 p.; M.B.M. LOOS, "Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel", *TvC* 2008, 173-178; J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, 158 p.; H.-W. MICKLITZ en N. REICH, "Crónica de una muerte anunciada: the commission proposal for a 'Directive on consumer rights'", *CMLR* 2009, 471-519; P. ROTT en E. TERRY, "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules", *ZeUP* 2009, 456-488; A. VERHOEVEN, "Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten", *SEW* 2009, 367-373.

¹⁸⁴ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees parlement en de raad betreffende consumentenrechten, 8 oktober 2008, COM (2008) 614/6. Zie ook A. VERHOEVEN, "Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten", *SEW* 2009, (367) 369.

consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (colportage)¹⁸⁵, de Richtlijn inzake verkoop op afstand¹⁸⁶, de Richtlijn inzake consumentenkoop¹⁸⁷ en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

Het richtlijnvoorstel typeert de nieuwe aanpak van de Europese regelgever, waarbij geopteerd wordt om de consumentenbescherming en de interne markt *horizontaal* (in plaats van sectorspecifiek) aan te pakken op basis van *volledige harmonisatie*.¹⁸⁸

68. *Volledige harmonisatie* – In tegenstelling tot de bestaande Richtlijn Oneerlijke Bedingen¹⁸⁹, streeft de Europese regelgever in het richtlijnvoorstel volledige harmonisatie na.¹⁹⁰ Hiermee hoopt de Commissie een antwoord te kunnen geven op de marktfragmentatie in de verschillende lidstaten ten gevolge van de minimumharmonisatie in de bestaande richtlijnen.¹⁹¹ Artikel 4 richtlijnvoorstel bepaalt dat “*de lidstaten in hun nationale wetgeving geen bepalingen mogen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen van de richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen*”. Overweging 2 van het voorstel stelt voorop dat de richtlijn “*standaardregels dient aan te geven voor de gemeenschappelijke aspecten en een stap verder dient te gaan dan de benadering van minimale harmonisatie waarop de vroegere richtlijnen gebaseerd waren, in het kader waarvan de lidstaten eventueel striktere nationale regels konden invoeren of handhaven*”.¹⁹² Aangenomen wordt dat volledige harmonisatie van bepaalde

¹⁸⁵ Richtlijn 85/577/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten, *PB L* 372 van 31 december 1985, 31.

¹⁸⁶ Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PB L* 144 van 4 juni 1997, 19.

¹⁸⁷ Richtlijn 99/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en garanties voor consumptiegoederen, *PB L* 171 van 7 juli 1999, 12.

¹⁸⁸ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 7. Aangaande het horizontale karakter van het voorstel, zie H. SCHULTE-NÖLKE, “Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, 29-46; C. TWIGG-FLESNER, “No sens of purpose or direction? The Modernisation of European Consumer Law”, *ERCL* 2007, (198) 202-203.

¹⁸⁹ *Infra*, nr. 758.

¹⁹⁰ Van volledige harmonisatie was voorheen al sprake in de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, de Richtlijn productaansprakelijkheid en de Richtlijn consumentenkrediet. Zie E.H. HONDIUS, “Europese Richtlijn consumentenrechten: geen stap terug!”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, (203) 207; V. MAK, “Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?”, *ERPL* 2009, (55) 57-58; J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (7) 8; A. VERHOEVEN, “Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten”, *SEW* 2009, (367) 367.

¹⁹¹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 7; J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (7) 9-10; W.H. VAN BOOM, “De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouw”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, (15) 18. Aangaande de keuze voor volledige harmonisatie, zie ook E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (101) 113-115; G. HOWELLS en R. SCHULZE, “Overview of the Proposed Consumer Rights Directive”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (3) 6-8; M.B.M. LOOS, “Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht: voorzichtigheid geboden!”, *TvC* 2009, 33-36; V. MAK, “Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?”, *ERPL* 2009, 55-73; H.-W. MICKLITZ, “The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, 47-83; N. REICH, “Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (1) 40-41; V. MAK, “Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?”, *ERPL* 2009, 55-73; H.-W. MICKLITZ en N. REICH, “Crónica de una muerte anunciada: the commission proposal for a ‘Directive on consumer rights’”, *CMLR* 2009, (471) 474 e.v.; P. ROTT en E. TERRY, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *ZeUP* 2009, (456) 458 e.v.; J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 7-24; A. VERHOEVEN, “Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten”, *SEW* 2009, (367) 371-373; S. WHITTAKER, “Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of ‘Full Harmonisation’”, *ERCL* 2009, 223-247.

¹⁹² Overweging 2 Richtlijnvoorstel consumentenrechten.

regelgevingsaspecten de rechtszekerheid aanzienlijk zal verbeteren, zowel voor consumenten als voor het bedrijfsleven.¹⁹³

Volledige harmonisatie betekent concreet dat het de lidstaten niet toegestaan is om op het geharmoniseerde terrein andere bepalingen te introduceren of te handhaven dan diegene die voortvloeien uit het richtlijnvoorstel. Ruimere nationale consumentenbescherming zou derhalve moeten worden afgeschaft.¹⁹⁴ De juiste afbakening van de werkingssfeer van het richtlijnvoorstel is derhalve enorm belangrijk bij volledige harmonisatie. Afwijkingen van het richtlijnvoorstel zijn enkel mogelijk als deze vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn.¹⁹⁵

AFDELING III. HARMONISATIE VAN HET PRIVAATRECHT

69. *Algemeen* – Hierboven hebben we gewezen op de evolutie die het gemeen contractenrecht van bij het begin van de 20^e eeuw heeft doorgemaakt alsmede op de ontwikkeling van het (Europese) consumentenrecht in de tweede helft van de 20^e eeuw. In deze afdeling willen we de aandacht vestigen op de initiatieven die op het einde van de 20^e eeuw en in het begin van de 21^e eeuw genomen werden tot harmonisatie van het privaatrecht. Bij deze bespreking van de verschillende harmoniseringsinitiatieven wordt opnieuw duidelijk dat het gemeen contractenrecht en het consumentenrecht met elkaar verweven zijn.

70. *UNIDROIT-Principles* – Een eerste inspanning tot harmonisatie van het privaatrecht werd geleverd door het *International Institute for the Unification of Private Law* (hierna *UNIDROIT* genoemd). Deze onafhankelijke intergouvernementele organisatie heeft als doel de bestudering van de noden en methodes voor de modernisering, de harmonisatie en de coördinatie van het privaatrecht, en in het bijzonder het handelsrecht.¹⁹⁶ In 1994 werden de *UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts* gepubliceerd. In 2004 volgde een tweede editie. Vervolgens werd in 2005 een nieuwe werkgroep opgericht met als taak de voorbereiding van een derde editie van de *UNIDROIT-Principles*, waarbij o.m. de pluraliteit van schuldeisers en schuldenaars zal worden behandeld.¹⁹⁷

De niet-bindende *UNIDROIT-Principles* bevatten algemene beginselen voor internationale handelsovereenkomsten.¹⁹⁸ Uit de commentaren blijkt dat het vereiste van een *internationaal* karakter zo ruim mogelijk dient te worden begrepen. Enkel die contracten waar geen enkel internationaal element te bespeuren is, vallen buiten het toepassingsgebied.¹⁹⁹ Met het *commercieel* karakter wordt niet zozeer verwezen naar het traditionele onderscheid inzake contracten tussen handelaars en niet-

¹⁹³ Overweging 8 Richtlijnvoorstel consumentenrechten. Zie ook M.B.M. LOOS, “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, (173) 173.

¹⁹⁴ M.B.M. LOOS, “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, (173) 173; J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (7) 7; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 63.

¹⁹⁵ M.H. WISSINK, “Over volledige harmonisatie en herinrichting van het B.W.: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, (31) 38. In dezelfde zin, H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 62.

¹⁹⁶ Zie de website www.unidroit.org.

¹⁹⁷ Voor een toelichting bij de ontstaansgeschiedenis en werking van de *UNIDROIT-Principles*, zie M.J. BONELL, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?”, *Uniform Law Review* 1996, 229-446. In dit onderzoek werd de editie 2004 van de *UNIDROIT-Principles* als vertrekpunt gehanteerd.

¹⁹⁸ Preambule *UNIDROIT-Principles*.

¹⁹⁹ Commentaar bij preambule *UNIDROIT-Principles*, 2.

handelaars. De bedoeling van de opstellers lag veeleer in het uitsluiten van consumentencontracten.²⁰⁰ Overeenkomstig artikel 3.10 UNIDROIT-Principles kan een overeenkomst ongeldig worden verklaard, indien een grote wanverhouding bestaat tussen de verplichtingen van de contractpartijen, hetgeen leidt tot een buitensporig en ongerechtvaardigd voordeel van één van de partijen. In deel II van dit proefschrift wordt nader ingegaan op deze toepassing van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.²⁰¹

71. *Principles of European Contract Law* – De *Principles of European Contract Law* (hierna *PECL* genoemd)²⁰², werden opgesteld door de onafhankelijke *Commission on European Contract Law* bestaande uit experts uit iedere lidstaat van de toenmalige Europese Unie, waarvan Ole LANDO als de voortrekker kan worden beschouwd. De *Commission on European Contract Law* werkt reeds sinds 1982 aan de *PECL*. Delen I en II werden gepubliceerd in 1999, deel III verscheen in 2003.²⁰³ De *PECL* zijn uitgewerkt in de vorm van artikelen met een gedetailleerde commentaar bij iedere bepaling. Ze geven een aantal beginselen weer met de bedoeling deze te gebruiken als algemene regels voor het contractenrecht in de EU, ook voor overeenkomsten die zich louter tot het nationale niveau beperken. Hiermee gaan de *PECL* dan ook verder dan de UNIDROIT-beginselen, waarvan het toepassingsgebied beperkt wordt tot *internationale commerciële overeenkomsten*.²⁰⁴ In de *PECL* wordt geen bijzondere aandacht besteed aan consumentenrecht. De *PECL* zijn van toepassing op personen, ongeacht hun hoedanigheid van professioneel of consument. De focus wordt niet gelegd op consumentenbescherming.²⁰⁵

De *PECL* vertrekken vanuit het beginsel van wilsautonomie en zelfbeschikking. Het beginsel van contractvrijheid vormt hiertoe het richtsnoer. Evenwel wordt dit beginsel van contractvrijheid beperkt teneinde de formele gelijkheid tussen partijen te verzoenen met het beginsel van materiële rechtvaardigheid. De beperking van de contractvrijheid komt o.m. tot uiting in het vereiste van de goede trouw.²⁰⁶ In artikel 4:109 *PECL* is het beginsel neergelegd dat een overeenkomst die voor een partij een buitensporig voordeel oplevert en die een misbruik van omstandigheden inhoudt, vernietigd of aangepast kan worden op verzoek van de benadeelde partij. Ook op deze bepaling wordt dieper ingegaan in deel II van dit proefschrift.²⁰⁷

²⁰⁰ Commentaar bij preambule UNIDROIT-Principles, 2. Zie tevens A. HARTKAMP, “Principles of Contract Law”, in X. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2004, (125) 132; M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 183.

²⁰¹ *Infra*, nrs. 291-292.

²⁰² Bij de verdere bespreking van de *PECL* in dit proefschrift vertrekken we vanuit de Nederlandse vertaling van deze beginselen, zoals gepubliceerd door M.E. STORME in *TPR*: M.E. STORME, “Beginselen van Europees overeenkomstenrecht. Aangevulde versie - Nederlandse tekst”, *TPR* 2005, 1181-1241.

²⁰³ Voor een uitgebreide bespreking van de ontstaansgeschiedenis van de *PECL*, zie C. CAUFFMAN, “De Principles of European Contract Law”, *TPR* 2001, (1231) 1233 e.v. en A. HARTKAMP, “Principles of Contract Law”, in X. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2004, 125-143.

²⁰⁴ Zie art. 1:101, par. 1 *PECL*.

²⁰⁵ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, xxv; H. MICKLITZ, “The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party”, *JCP* 2004, (339) 341. Zie hieromtrent ook A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 94; M.W. HESSELINK, “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission”, in M.W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES (eds.), *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 2001, 42-44.

²⁰⁶ H. MICKLITZ, “The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party”, *JCP* 2004, (339) 343.

²⁰⁷ *Infra*, nrs. 479-480.

72. *Study Group on a European Civil Code* – Het werk van de *Commission on European Contract Law* wordt op vandaag voortgezet en aangevuld door de *Study Group on a European Civil Code* onder leiding van de Duitse academicus Christian VON BAR. De doelstelling van de studiegroep bestaat erin te bepalen in welke mate de bestaande privaatrechtelijke regels uit de verscheidene lidstaten geformuleerd kunnen worden in termen van gedeelde algemene beginselen.²⁰⁸ Er wordt een *Restatement* voorbereid en wat betreft het algemeen contractenrecht, wordt hiervoor verder gebouwd op het werk verricht door de *Commission on European Contract Law*. Het werk van de *Study Group* is evenwel omvattender, aangezien niet alleen beginselen uit het contractenrecht, maar ook uit andere kerngebieden van het vermogensrecht aan bod komen.²⁰⁹ VON BAR is alvast de mening toegedaan dat ook het consumentenrecht een plaats moet krijgen in deze *Restatement*.²¹⁰ Vermeldenswaardig is dat binnen de studiegroep een *Task Force on Consumers and Professionals* werd opgericht. Deze *Task force* kreeg als opdracht “to recommend notions of the consumer and the professional to assist the formulation of definitions and rules where such discrimination is required”.²¹¹

73. *Acquis-group* – In 2002 werd de *European Research Group on Existing EC Private Law*, afgekort de *Acquis-group* opgericht. De *Acquis group* vertrekt vanuit het bestaande unierecht teneinde gemeenschappelijke principes van Europees privaatrecht te formuleren. Bijzonder aan dit initiatief is bijgevolg dat gemeenschappelijke principes afgeleid worden uit het bestaande *acquis communautaire*.²¹² Het onderzoek van de *Acquis Group* werd gepubliceerd onder de noemer *Principles of the Existing EC Contract Law*.²¹³ De *Acquis-principes* gaan er in ieder geval van uit dat consumentencontracten in eerste instantie onderworpen zijn aan het gemeen contractenrecht.²¹⁴

74. *Common Frame of Reference*²¹⁵ – Met de Mededeling van de Europese Commissie over het Europees verbintenissenrecht in 2001²¹⁶ werd de interesse vanuit Europa voor de eenmaking van het contractenrecht duidelijk.²¹⁷ Uit de Mededeling blijkt dat men de nood aan actie op het EU-niveau betreffende het verbintenissenrecht wilde onderzoeken.²¹⁸ Vier opties werden vooropgesteld: (i) geen

²⁰⁸ Zie de website van de Study Group on a European Civil Code: www.sgecc.net.

²⁰⁹ Zie <http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/101.scope.htm>.

²¹⁰ C. VON BAR, “Paving the Way Forward with Principles of European Private Law”, in J. STUYCK en S. GRUNDMANN (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, 2002, (137) 141-142. De Franse auteur CALAIS-AULOY is daarentegen voorstander van een afzonderlijke Code européen de la consommation (J. CALAIS-AULOY, “Un code européen de la consommation?”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (399) 408-409).

²¹¹ Zie http://www.sgecc.net/pages/en/organisation/147.committees_and_task_forces.htm.

²¹² RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, XXIII.

²¹³ RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 311 p.

²¹⁴ H. SCHULTE-NÖLKE, “The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU-Member States”, *TvC* 2009, (133) 135.

²¹⁵ Zie in het algemeen, H. BEALE, “The Future of the Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, 257-276; O. LANDO, “The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)”, *ERCL* 2007, 245-256.

²¹⁶ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398, def., 11 juli 2001, *PB C* 255, 13 september 2001.

²¹⁷ H. BEALE, “The Future of the Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, (257) 257; E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (101) 124. Voordien drukte het Europees Parlement reeds zijn belangstelling uit via twee resoluties: Resolutie A2-157/89 over een poging tot harmonisatie van het privaatrecht in de Lidstaten, *PB C* 158, 26 mei 1989, 400 en Resolutie A30329/94 over de harmonisatie van bepaalde sectoren van het privaatrecht van de lidstaten, *PB C* 518, 6 mei 1994. Voor een uitgebreid overzicht van de actie van de Europese instellingen voordien op het vlak van de eenmaking van het privaatrecht, zie C. CAUFFMAN, “De Principles of European Contract Law”, *TPR* 2001, (1231) 1287 e.v.

²¹⁸ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398, def., 11 juli 2001, *PB C* 255, 13 september 2001, randnummer 10.

optreden van de Gemeenschap, (ii) het bevorderen van de ontwikkeling van gemeenschappelijke beginselen van het verbintenissenrecht, met als doel het nader tot elkaar brengen van de nationale wetgevingen, (iii) het verbeteren van de kwaliteit van de bestaande wetgeving en (iv) het goedkeuren van alomvattende wetgeving op het niveau van de gemeenschap.²¹⁹

In 2003 volgde een nieuwe mededeling van de Commissie waarin een actieplan voor een coherent Europees contractenrecht werd vooropgesteld.²²⁰ Dit actieplan bouwde voort op de reacties die de Commissie op haar vorige mededeling had ontvangen. De Commissie stelde o.m. voor om de coherentie van het EG-acquis op het terrein van het verbintenissenrecht te verbeteren. Hiertoe zou gebruik worden gemaakt van een gemeenschappelijk referentiekader (*Common Frame of Reference*, afgekort *CFR*). Met dit CFR zouden gemeenschappelijke beginselen en termen op het vlak van het Europees verbintenissenrecht worden vastgelegd. Naast de uitwerking van een CFR werd ook de opstelling van contractbedingen voor de gehele EU vooropgesteld alsmede het verder onderzoeken of problemen op het gebied van Europees verbintenissenrecht niet-sectorespecifieke oplossingen zouden vereisen.²²¹ Met een nieuwe mededeling van de Commissie van 2004 werd het actieplan van 2003 verder opgevolgd.²²² In deze mededeling werd reeds een mogelijke structuur van het gemeenschappelijk referentiekader vooropgesteld.

In 2005 en 2007 volgden respectievelijk een eerste en een tweede rapport van de Commissie over de vooruitgang van het werk inzake het CFR.²²³ Uit deze rapporten bleek dat het voorbereidende werk van het CFR op het gebied van consumentencontracten gebruikt werd als startpunt voor het Groenboek tot herziening van het consumentenacquis. Het gemeenschappelijk referentiekader werd nog steeds beschouwd als “*a toolbox or a handbook for the Commission and the EU legislator to be used when revising and preparing new legislation in the area of contract law*”.²²⁴ De onderzoeksgroep, d.i. de Studygroup on a European Civil Code en de Acquis group, dienden eind 2008 het ontwerp van CFR (*Draft Common Frame of Reference*, hierna *DCFR* genoemd) in bij de Europese Commissie. Ook al vertoont de DCFR belangrijke overlappings met consumentenrechten, toch wordt in het ontwerp in het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 geen melding gemaakt van dit ontwerp.²²⁵

²¹⁹ Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over Europees verbintenissenrecht, COM (2001) 398, def., 11 juli 2001, *PB C* 255, 13 september 2001, randnummer 46. Zie ook D. STAUDENMAYER, “The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law”, *JCP* 2004, (269) 274.

²²⁰ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de raad: een coherenter Europees verbintenissenrecht – Een actieplan, COM (2003) 68 def., *PB C* 63, 15 maart 2003. Zie E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (101) 128.

²²¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de raad: een coherenter Europees verbintenissenrecht – Een actieplan, COM (2003) 68 def., *PB C* 63, 15 maart 2003, randnummer 59. Zie ook D. STAUDENMAYER, “The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law”, *JCP* 2004, (269) 275-277.

²²² Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de raad: europees verbintenissenrecht en de herziening van het acquis: verdere maatregelen, COM (2004) 651 def.

²²³ Report from the Commission: First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review, COM(2005) 456 final, 23 september 2005 en Report from the Commission: Second Progress Report on the Common Frame of Reference, COM (2007) 447 final., 25 juli 2007.

²²⁴ Report from the Commission: Second Progress Report on the Common Frame of Reference, COM (2007) 447 final., 25 juli 2007, 10. Zie H. BEALE, “The Future of the Common Frame of Reference”, *ERCL* 2007, (257) 261; M.E. STORME, “Een Richtlijn Consumentenrechten zonder een gemeenschappelijk referentiekader”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (25) 26.

²²⁵ Ook al is de definitieve versie pas verschenen na de publicatie van het Richtlijnvoorstel, toch was de voorlopige versie van de DCFR reeds beschikbaar eind 2007. De DCFR had dus mee in rekening kunnen worden gebracht bij de opstelling van het Richtlijnvoorstel. Zie E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (101) 101-102; H. SCHULTE-NÖLKE, “Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and*

75. *Boek II, Titel 9 DCFR*²²⁶ – In de DCFR worden de regels inzake consumentencontracten geïntegreerd in het gemeen verbintenissenrecht, in die zin dat de gemeenrechtelijke regels worden aangevuld of gewijzigd voor consumentencontracten.²²⁷ Vooral Boek II, Titel 9 DCFR is in het kader van dit onderzoek van belang. Daarin worden bijzondere regels vastgelegd voor consumententransacties aangaande de inhoud en de gevolgen van de overeenkomst, in het bijzonder aangaande het transparantiegebod (art. 9:402 DCFR), het onredelijk bezwarend-karakter van bedingen (art. 9:404 DCFR), de ontoetsbaarheid van kernbedingen (art. 9:407 DCFR), de elementen bij de beoordeling van wat onredelijk bezwarend is (art. 9:408 DCFR) en de zwarte lijst (art. 9:410 DCFR).

AFDELING IV. BESLUIT

76. *Bijzondere verhouding tussen gemeen contractenrecht en consumentencontractenrecht* – In dit eerste hoofdstuk hebben we de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties gekaderd binnen de evoluties die het gemeen contractenrecht in de 20^e eeuw heeft ondergaan. Daaruit is gebleken dat deze toetsing – via de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling – gekoppeld kan worden aan de tendens tot materialisering van de contractvrijheid en van het contractueel evenwicht, die op hun beurt verband houden met de ongelijkheid tussen de contractpartijen en de bescherming van de zwakke contractpartij. Vanuit die invalshoek bestuderen we hierna verder deze toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

Er is ook gebleken dat het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht onderling verweven zijn en in samenhang moeten worden bestudeerd. Zo is het nationale consumentenrecht, in het bijzonder de dwingende wetten ter bescherming van de consument, mee ontwikkeld in het kielzog van de evolutie die het contractenrecht in de 20^e eeuw heeft doorgemaakt met de opkomst van de bescherming van de zwakke contractpartij. Ook de initiatieven tot harmonisering van het privaatrecht illustreren de verwevenheid tussen beiden. Onmiddellijk rijst de vraag hoe het consumentencontractenrecht zich precies verhoudt ten aanzien van het gemeen contractenrecht. Dient het consumentencontractenrecht beschouwd te worden als een afzonderlijke rechtstak of moet het veeleer bestudeerd worden in samenhang met het gemeen contractenrecht? Op deze vraagstelling wordt nader ingegaan in het volgende hoofdstuk.

HOOFDSTUK II. CONSUMENTENCONTRACTENRECHT: DE POSITIE VAN DE CONSUMENT IN HET CONTRACTENRECHT

AFDELING I. UITGANGSPUNT: CONSUMENT ALS MARKTDEELNEMER MET RECHT OP VRIJE ZELFBESCHIKKING

77. *Consument als marktdeelnemer* – Tot nog toe hebben we de term *consumentencontractenrecht* gehanteerd zonder verdere specificatie. Daarmee doelden we voorlopig op het geheel van regels waarvan het toepassingsgebied beperkt is tot de contractuele verhouding tussen een consument en een beroepsbeoefenaar. Onmiddellijk rijst de vraag wie beschouwd kan

Harmonising Consumer Contract Law, 2009, (29) 41; M.E. STORME, “Een Richtlijn Consumentenrechten zonder een gemeenschappelijk referentiekader”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (25) 27.

²²⁶ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE en ACQUIS GROUP (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, 2009, 224 e.v.

²²⁷ M.E. STORME, “Een Richtlijn Consumentenrechten zonder een gemeenschappelijk referentiekader”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (25) 27. In dezelfde zin, H. SCHULTE-NÖLKE, “The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU-Member States”, *TvC* 2009, (133) 135-136.

worden als *consument*. De hoedanigheid van consument hangt niet af van een bepaalde maatschappelijke positie. Het is evenmin voorbehouden voor een vaste groep van personen.²²⁸ Wie vandaag contracteert als professioneel, kan morgen contracteren als consument, en omgekeerd. De notie *consument* kan enkel afgebakend worden aan de hand van een bepaalde rol die een persoon vervult bij het stellen van een bepaalde rechtshandeling.²²⁹ Aangezien het stellen van een rechtshandeling een deelname aan de markt impliceert, kan de hoedanigheid van consument ook afgebakend worden aan de hand van de rol die een persoon op een bepaald ogenblik inneemt op de markt.²³⁰

Daarmee wordt onmiddellijk bevestigd dat de consument onder de ruimere categorie van de *marktdeelnemers* valt.²³¹ Meteen kan de aandacht worden toegespitst op de regelgeving die de contractuele en economische belangen van de consument behartigt. Wetgeving inzake gezondheid en veiligheid wordt hierna buiten beschouwing gelaten, aangezien bij deze regelgeving geen rekening wordt gehouden met de hoedanigheid van marktdeelnemer. Het gaat veeleer om maatregelen van algemeen belang ter bescherming van het grote publiek.²³²

78. *Recht op vrije zelfbeschikking* – Iedere marktdeelnemer heeft recht op vrije economische zelfbeschikking.²³³ Dat houdt in dat een deelnemer aan de markt de vrije keuze heeft om zijn eigen positie op de markt te bepalen,²³⁴ wat impliceert dat hij kan kiezen welke contracten hij afsluit en met wie. De vrije economische zelfbeschikking is evenwel geen recht dat enkel toekomt aan de consument. Dat recht behoort toe aan alle marktdeelnemers, waaronder ook de consument.

Door de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer als uitgangspunt te hanteren, wordt de nadruk gelegd op hetgeen de consument *gemeen* heeft met de andere marktdeelnemers. Er wordt vermeden dat aan de consument op algemene basis een uitzonderingsstatuut wordt toegekend. Zulks zou bijvoorbeeld wel het geval zijn indien “*de consument als zwakke contractpartij*” als uitgangspunt zou worden gehanteerd. Onmiddellijk wordt duidelijk dat we, met het gehanteerde uitgangspunt, het consumentenrecht benaderen als een deel van het algemeen privaatrecht, veeleer dan als een zelfstandig rechtsgebied.²³⁵

79. *Consument als zwakke contractpartij* – Doordat we als uitgangspunt aannemen dat de consument een marktdeelnemer is met een recht op vrije zelfbeschikking (net als de andere

²²⁸ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 26. Zie naar Duits recht, J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 284 en 405; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 3 en 149. Voor Nederland, zie PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 257. Zie voor het Frans recht, J. CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, in L. THÉVENOZ en N. REICH (eds.), *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation*, 2006, (65) 65; L. LANDY, “Le consommateur européen: une notion éclatée”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (57) 68-69.

²²⁹ J. CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, in L. THÉVENOZ en N. REICH (eds.), *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation*, 2006, (65) 65; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 3.

²³⁰ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 284 en 405; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 26.

²³¹ H. SWENNEN, “De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht”, *DCCR* 1992, (3) 9; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 26.

²³² TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 26-27; STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 65-69; J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?”, *CMLR* 2000, (367) 375. Zie in dezelfde zin, J. CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, in L. THÉVENOZ en N. REICH (eds.), *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation*, 2006, (65) 66.

²³³ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 27.

²³⁴ Zie ook STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 68-69.

²³⁵ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 7-8 en 85.

marktaandeelers), beschouwen de consument niet als *de zwakke contractpartij*. Daarvan uitgaan zou immers inhouden dat aan de consument een uitzonderingsstatuut wordt toegekend dat een verschillende behandeling rechtvaardigt²³⁶, terwijl wij net uitgaan van een inbedding van de consumentenrechtelijke regels in het gemeen privaatrecht. Daarmee wordt evenwel niet ontkend dat de opkomst van het consumentenrecht kadert binnen de 20^e-eeuwse ontwikkeling van privaatrechtelijke maatregelen ter bescherming van de zwakke contractpartij.²³⁷ Evenmin wordt hiermee ontkend dat de consument *de facto* vaak de zwakke partij is bij het contracteren met een professionele medecontractant.²³⁸ Deze zienswijze lijkt evenwel niet het geschikte uitgangspunt te zijn voor de uitstippeling van een consumentenbeleid en voor de uitwerking van instrumenten tot consumentenbescherming.²³⁹

AFDELING II. INBEDDING VAN HET CONSUMENTENRECHT IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT

§1. Inleiding

80. *Trapsgewijze bescherming van de vrije zelfbeschikking* – De vrije economische zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer vormt het vertrekpunt bij de studie van de verhouding tussen het consumentencontractenrecht en het gemeen contractenrecht. Het recht van de consument als marktdeelnemer op vrije zelfbeschikking wordt gegarandeerd door twee basisbeginselen in ons recht: (i) het beginsel van de wilsautonomie, in het bijzonder het beginsel van contractvrijheid en (ii) het beginsel van de vrije mededinging. Dankzij deze principes beschikt iedere marktdeelnemer, en dus ook de consument, in beginsel over vrije economische zelfbeschikking.

Ook al zijn de beginselen van contractvrijheid en vrije mededinging basisbeginselen in ons rechtssysteem, toch is de vrijwaring ervan niet steeds gegarandeerd. Soms wordt afbreuk gedaan aan deze basisbeginselen, wat een aantasting van de vrije zelfbeschikking van de marktdeelnemers met zich meebrengt. In het gemeen privaatrecht zijn evenwel verschillende instrumenten ontwikkeld die erop gericht zijn deze basisbeginselen zoveel mogelijk te vrijwaren.²⁴⁰ Aangezien gebleken is dat die gemeenrechtelijke instrumenten vaak niet volstaan om de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument te garanderen, werd voor deze groep van marktdeelnemers een aantal specifieke instrumenten ontwikkeld. Typerend voor deze instrumenten is dat hun toepassingsgebied *ratione personae* beperkt is tot consumenten, en dat ze niet gelden voor andere marktdeelnemers.

²³⁶ Zie bv. T. BOURGOIGNIE, *Rechtshulp aan de consument*, 1981, 566 p. Zie eveneens in die zin, M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 184.

²³⁷ Zie ook TERRY, *Bedenkrijden in het consumentenrecht*, 2008, 53, die stelt dat “*de specifieke wetgeving ter bescherming van de consument [...] in het verlengde [ligt] van een tendens in het gemeen contractenrecht om een materiële contractvrijheid en een materieel evenwicht te bereiken*”.

²³⁸ Zie L. LANDY, “Le consommateur européen: une notion éclatée”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (57) 60-62. Zie ook *infra*, nr. 1167.

²³⁹ Zie ook H. SWENNEN, “De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht”, *DCCR* 1992, (3) 9; R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, *AA* 1990, (787) 787-788. HONDIUS lijkt in andere zin te oordelen wanneer hij ter identificatie van de zwakkere partij voorstelt om niet in elk individueel geval na te gaan of een partij zwak is, maar wel om de kwalificatie *zwak* toe te kennen aan de positie van de consument, werknemers, enz. (E. HONDIUS, “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis”, *JCP* 2004, (245) 246-247).

²⁴⁰ *Supra*, nrs. 45 e.v. en *infra*, nrs. 110 e.v.

81. *Proefschrift DREXL* – Met bovenstaande visie bouwen wij voort op de stelling die DREXL aangaande het consumentenrecht heeft verdedigd.²⁴¹ Benadrukt moet worden dat DREXL het consumentenrecht niet beperkt tot maatregelen waarvan het toepassingsgebied *ratione personae* beperkt is tot consumenten.²⁴² Deze auteur maakt een onderscheid tussen *constitutief* en *compenserend* consumentenrecht.

82. *Constitutief en compenserend consumentenrecht* – DREXL beschouwt het consumentenrecht als een functioneel geheel van regels ter realisatie van de vrije economische zelfbeschikking van de consument. Dit consumentenrecht omvat vooreerst een constitutief luik dat ervoor zorgt dat vrije zelfbeschikking op de markt mogelijk wordt. Het constitutief consumentenrecht omvat dan ook de grondvoorschriften voor de vrije zelfbeschikking op de markt, met name het beginsel van de formele *Privatautonomie* – vergelijkbaar met het beginsel van de wilsautonomie – en het beginsel van de vrije mededinging.²⁴³ Het compenserend consumentenrecht doet zijn intrede daar waar de grondbeginselen falen en de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet langer gegarandeerd wordt. Deze situatie van falen van de constitutieve elementen wordt geïdentificeerd en gecompenserend aan de hand van specifieke instrumenten.²⁴⁴ Dat compenserend consumentenrecht valt verder uiteen in twee luiken. *Enerzijds* omvat het een aantal instrumenten uit het gemeen privaatrecht die gehanteerd worden ter materialisering van de contractvrijheid en ter vrijwaring van de vrije mededinging, en die niet enkel gelden voor consumenten. *Anderzijds* omvat het compenserende luik een aantal specifieke instrumenten waarbij de wetgever impliciet de bedreiging van de vrije zelfbeschikking van de consument erkent en op deze bedreiging reageert.²⁴⁵ Het toepassingsgebied van deze laatste maatregelen is *ratione personae* wel beperkt tot consumenten.

TERRYN volgt in haar proefschrift deze stelling van DREXL, maar hanteert een andere terminologie. Zo maakt deze auteur een onderscheid tussen het consumentenrecht *sensu stricto* en het consumentenrecht *sensu lato*. Het consumentenrecht *sensu stricto*, d.i. het geheel van regels dat enkel van toepassing is tussen de beroepsbeoefenaars en de consument, kadert in een ruimer geheel van regels (consumentenrecht *sensu lato*) dat tot doel heeft aan iedere marktdeelnemer het recht op vrije economische zelfbeschikking te garanderen.²⁴⁶

83. *Situatiebetrokken consumentenrecht* – Voor de compenserende instrumenten – zowel de gemeenrechtelijke als de consumentenrechtelijke – is slechts een rol weggelegd, indien de grondvoorschriften de vrije economische zelfbeschikking van de consument onvoldoende garanderen.²⁴⁷ De hoedanigheid van de consument verantwoordt op zich niet waarom specifieke consumentenrechtelijke instrumenten dienen te worden ingezet ter vrijwaring van zijn vrije economische zelfbeschikking. Alvorens consumentenrechtelijke compenserende instrumenten in te

²⁴¹ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 680 p. Zie tevens bij J. STUYCK, “European consumer law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?”, *CMLR* 2000, (367) 371 e.v.; TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 27 e.v.

²⁴² J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 293; TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 28.

²⁴³ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 288-289.

²⁴⁴ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 9 en 282. DREXL definieert ook in dezelfde zin de *Verbraucherschutzpolitik*: “Die Aufgabe der Verbraucherschutzpolitik ist es, Situationen festzustellen, in denen die privatautonome Gestaltung privater Rechtsverhältnisse nicht die Verwirklichung selbstbestimmter Entscheidungen des Verbrauchers gewährleistet, und rechtliche Instrumentarien zu entwickeln, die in solchen Situationen Selbstbestimmung fördern oder deren Fehlen ausgleichen” (J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 284).

²⁴⁵ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 288-289.

²⁴⁶ TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 27.

²⁴⁷ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 9, 282 en 288-289.

zetten, dient een specifieke situatie geïdentificeerd te worden waarin de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer niet gegarandeerd kan worden aan de hand van de grondbeginselen voor de vrije zelfbeschikking of aan de hand van de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten.

De vooronderstelde zwakte van de consument wordt derhalve als uitgangspunt verworpen. Er wordt vertrokken vanuit de identificatie van een situatie waarin de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet gegarandeerd is. Nochtans zal de consument zich wel vaak in een zwakkere positie bevinden ten aanzien van zijn medecontractant. Het komt er dan op aan de oorzaak daarvan de achterhalen en weg te werken, om zo de economische zelfbeschikking van de consument te garanderen.²⁴⁸ Het consumentenrecht is in die zin *situatiebetrokken*.²⁴⁹ Uiteraard verdient het geen aanbeveling om in iedere concrete situatie na te gaan of de vrije economische zelfbeschikking van de consument al dan niet gevrijwaard is. Objectivering door de identificatie van een aantal typische situaties van onvoldoende economische zelfbeschikking biedt grote voordelen. Eén van deze voordelen bestaat in een vereenvoudigde bewijslast in hoofde van de consument, die niet zal hoeven aan te tonen dat er sprake was van een misbruik van een situatie van ondergeschiktheid.²⁵⁰ MELLER-HANNICH vermeldt als geobjectiveerde situaties o.m. het voorliggen van een bepaald type contract (bv. een kredietovereenkomst), alsook bepaalde omstandigheden rond de contractsluiting (bv. het gebruik van standaardbedingen).²⁵¹

84. *Terminologische opmerking* – Ook al bouwen wij met bovenvermelde uitgangspunten voort op hetgeen DREXL en TERRYN hebben vooropgesteld, toch opteren wij er niet voor om de door hen gehanteerde terminologie over te nemen. In dit proefschrift wordt de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties onderzocht in het consumentencontractenrecht, doch dit onderzoek wordt in belangrijke mate onderbouwd vanuit het gemeen verbintenissen- of contractenrecht. Vanuit deze invalshoek lijkt het dan ook niet opportuun de gemeenrechtelijke (compenserende) instrumenten (bv. de gekwalificeerde benadeling), onder de noemer *compenserend consumentenrecht* of *consumentenrecht sensu lato* te brengen.

Wanneer hierna verwezen wordt naar de notie *consumenten(contracten)recht*, dan wordt enkel bedoeld op het geheel van instrumenten waarvan het toepassingsgebied *ratione personae* beperkt is tot de contractuele relatie tussen beroepsbeoefenaars en consumenten. In het licht van bovenstaande uitgangspunten benadrukken wij echter wel dat de consument niet enkel bescherming geniet van deze consumentenrechtelijke instrumenten, maar zich uiteraard ook kan beroepen op de gemeenrechtelijke instrumenten die zijn vrije economische zelfbeschikking garanderen.

§2. Basisbeginselen van de vrije economische zelfbeschikking

A. Twee basisbeginselen

85. *Beginsel van contractvrijheid* – Een eerste basisbeginsel van de vrije zelfbeschikking van de marktdeelnemer, is het principe van de wilsautonomie. Daarmee wordt bedoeld op de bevoegdheid

²⁴⁸ TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 29-30. Zie ook H. SWENNEN, “De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht”, *DCCR* 1992, (3) 51: “Consumentenbescherming is geen goed uitgangspunt. Goede werking van een open en vrije markt is dat wel. Dat er, na het vertrekpunt, onderweg correcties nodig zijn, volgt uit het feit dat de markt niet altijd en overal goed werkt; het volgt uit het principe zelf.”

²⁴⁹ TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 29. Voor Duitsland: J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 9, 282 en 288-289; MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 3.

²⁵⁰ TERRYN, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 29. Zie in dit verband ook *infra*, nrs. 1179 e.v.

²⁵¹ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 3.

waarover iedere burger beschikt om, mits inachtnaam van de rechtsregels van dwingend recht, zelf volledig vrij en naar eigen goeddunken zijn rechtspositie vast te leggen en rechtsverhoudingen in het leven te roepen en daarvan ook zelf de inhoud vast te leggen.²⁵² Het beginsel van de wilsautonomie is ruimer dan het beginsel van contractvrijheid en omvat daarnaast o.m. de erkenning van het individueel eigendomsrecht en de testeervrijheid. In het kader van dit proefschrift is evenwel enkel het beginsel van contractvrijheid van belang. Derhalve bakenen we het eerste basisbeginsel voor de vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemer af tot het beginsel van contractvrijheid.²⁵³

86. *Contractvrijheid: grondrecht of algemeen rechtsbeginsel?* – Dat de contractvrijheid een basispijler is van het Belgische contractenrecht, wordt eensgezind aanvaard. De contractvrijheid wordt door sommige auteurs zelfs bestempeld als een grondrecht of een fundamentele vrijheid. Zo beschouwt VAN GERVEN de contractvrijheid als een component van, enerzijds, de persoonlijke vrijheid gewaarborgd door artikel 12 GW en artikel 5 EVRM en, anderzijds, het recht op privé-leven gewaarborgd door artikel 22 GW en artikel 8 EVRM.²⁵⁴ Nochtans is de contractvrijheid niet uitdrukkelijk opgenomen in de Grondwet of in Europese en internationale grondrechtenverdragen of -verklaringen.²⁵⁵ Dat de contractvrijheid een algemeen rechtsbeginsel is dat impliciet erkend wordt in artikel 1134, lid 1 BW, kan op meer bijval rekenen.²⁵⁶

87. *Beginsel van vrije mededinging* – Daarnaast wordt de vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemers ook gegarandeerd door de vrije mededinging. Het beginsel van een vrije mededinging leidt ertoe dat marktdeelnemers vrij kunnen kiezen tussen verscheidene mogelijkheden bij de vastlegging van hun rechtspositie, zonder geconfronteerd te worden met machtsposities van mogelijke contractpartners. Voor het Belgische recht is het principe van vrije mededinging neergelegd in artikel 101 e.v. VWEU (oud art. 81 e.v. EG-Verdrag), de wet economische mededinging en in het decreet d'Allarde.²⁵⁷

B. Economische beleidsmaatregelen: de Belgische prijsreglementering

88. *Situering en doelstelling* – Alvorens compenserend in te grijpen bij een aantasting van de vrije economische zelfbeschikking, moet worden nagegaan of economische beleidsmaatregelen volstaan om het falen van de constitutieve basisbeginselen te herstellen. Met die maatregelen kunnen de constitutieve elementen voor de vrije economische zelfbeschikking verzekerd worden, zonder dat

²⁵² A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 98-99. DREXL spreekt in dit verband over *Privatautonomie*, wat hij omschrijft als “den einzelnen gewährte und gesicherte Möglichkeit, ihre Beziehungen untereinander innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Verträge, zu regeln” (J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 293).

²⁵³ Zie in dezelfde zin, J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 293-294, die stelt dat de contractvrijheid bij wijze van *pars pro toto* vaak met de wilsautonomie wordt gelijkgesteld, en TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 30.

²⁵⁴ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 71-72. In andere zin, N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, 2009, 155.

²⁵⁵ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 52 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 47; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 105.

²⁵⁶ A. DE BOECK, “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?”, in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid; de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiwet*, 2003, (413) 419; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 47; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 105.

²⁵⁷ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 31.

compenserend moet worden ingegrepen in de individuele rechtsverhouding.²⁵⁸ Economische beleidsmaatregelen zijn vaak moeilijk af te grenzen van de compenserende instrumenten uit het mededingingsrecht en uit het recht inzake de oneerlijke handelspraktijken.²⁵⁹

In dit kader maken we een korte zijsprong naar de Belgische prijsreglementering, bij uitstek een economische beleidsmaatregel. De wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen omvat in artikel 1, §2 immers een verbod om te verkopen aan prijzen die hoger liggen dan de normale prijzen. De toetsing van deze verbodsbepaling door de rechter brengt onvermijdelijk een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich mee. We zullen evenwel aantonen dat de prijsreglementering als economische beleidsmaatregel onvoldoende draagkracht heeft om een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties aan te pakken. Daartoe zal derhalve toch een beroep op compenserende instrumenten noodzakelijk zijn.

1. Beschrijving van het wettelijke kader

a. Situering

89. *Rechtsgrond* – In navolging van de vele naoorlogse wetten die bepaalde prijzen vastlegden zoals de huurprijzen en de prijzen van levensnoodzakelijke producten,²⁶⁰ werd de besluitwet van 22 januari 1945 betreffende het beteugelen van elke inbreuk op de reglementering betreffende de bevoorrading van het land uitgevaardigd. Deze Besluitwet werd bij wet van 30 juli 1971 bekrachtigd en omgedoopt tot de wet van 22 januari 1945 betreffende de economische reglementering en de prijzen (hierna *prijzenwet* genoemd).²⁶¹

90. *Ratio legis* – De prijzenwet had aanvankelijk een tijdsgebonden doelstelling, met name de bevoorrading van het land verzekeren. Die oorspronkelijke bedoeling heeft nadien plaats gemaakt voor een ruimer doel, met name het voeren van een prijsbeleid om de economische activiteit van het land te bevorderen.²⁶² Met de prijsreglementering tracht de overheid de concurrentiepositie van de ondernemingen en de koopkracht van de bevolking te handhaven.²⁶³ In ieder geval tracht de overheid met de prijsreglementering rechtstreeks de prijsvorming te beïnvloeden. In die zin moet prijsreglementering ook onderscheiden worden van bepalingen die tot doel hebben om consumenten en concurrenten te beschermen tegen misleidende handelspraktijken en daden van oneerlijke mededinging.²⁶⁴

²⁵⁸ Zo is het onnodig om in de contractuele relatie tussen een handelaar en een klant een prijscontrole door te voeren, wanneer de fabrikant met de handelaar vertikale prijsafspraken gemaakt heeft. De wetgever verbiedt hier immers terecht dergelijke mededingingsbeperking. Zie J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 450.

²⁵⁹ Zo wordt het verbod op misbruik van machtspositie bijvoorbeeld als een compensatorisch instrument gecatalogeerd (J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 450). Deze afgrenzingsproblematiek kan ook geïllustreerd worden aan de hand van de oneerlijke handelspraktijken. Zo behoort het verbod op misleidende handelspraktijken tot het compenserende consumentenrecht, aangezien de informatietoestand van de consument wordt verbeterd. In zoverre de regeling van de oneerlijke handelspraktijken echter in het algemeen de eerlijkheid van de mededinging beschermt, kan de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken ook als een economische beleidsmaatregel beschouwd worden ter verzekering van de mededinging als constitutief bestanddeel van de economische zelfbeschikking. Zie J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 450.

²⁶⁰ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84-85. Voor Frankrijk: PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 257.

²⁶¹ P. DE VROEDE, “De prijsreglementering in een gedeeltelijk nieuw kleedje”, *TBH* 1994, (6) 6. Voor de reden van deze omdoping, zie P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 39.

²⁶² P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 444; P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 33; P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, *RW* 1971, (593) 596.

²⁶³ H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 456.

²⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Leerboek handels- en economisch recht III*, 1979, 601-602.

De prijzenwet strekt ertoe de economische orde te handhaven en is dan ook van openbare orde.²⁶⁵ Aan de strafsancities die in de prijzenwet zijn opgenomen, wordt ook meer belang gehecht dan aan de civielrechtelijke gevolgen.²⁶⁶ Het algemeen economisch belang vereist evenwel dat ondernemers en consumenten contractueel niet afwijken van de prijsreglementering, zelfs niet als diegene die meer zou moeten betalen dat ook zou willen.²⁶⁷

91. *Algemene structuur* – Artikel 1, §2 prijzenwet geeft het stelsel van de normale prijs weer, dat geldt bij afwezigheid van een *vastgelegde maximumprijs* en van een *afgesloten programmaovereenkomst*. De regeling van de normale prijs vormt dan ook het gemene recht van de prijsreglementering.²⁶⁸ De controle over deze prijshandhavingstechniek wordt in handen gelegd van de rechter, dit in tegenstelling tot de latere prijsreglementeringstechnieken.²⁶⁹ Zo beschikt de minister bevoegd voor economische zaken over enkele prijsregelende bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van maximumprijzen en winstlimieten alsook de bevoegdheid tot het sluiten van programmaovereenkomsten. Een korte schets van enkele ministeriële bevoegdheden is noodzakelijk voor een correcte situering van de prijsreglementering.²⁷⁰

92. *Maximumprijzen* – Artikel 2, §1 en §2 prijzenwet verleent de minister bevoegd voor economische zaken de bevoegdheid om voor een product, een dienst of een sector een maximumprijs of -winst te bepalen. Het hanteren van een prijs die hoger ligt dan de vastgelegde maximumprijs, wordt verboden krachtens artikel 1, §1 en §2 prijzenwet. Bij de vastlegging van een maximumprijs of -winst moet de minister voorafgaandelijk het advies van de Commissie tot Regeling der Prijzen inwinnen.²⁷¹ Overeenkomstig artikel 1 van de besluitwet van 14 mei 1946²⁷² is elke prijs – ook al is hij lager of gelijk aan de maximumprijs – ongeoorloofd, indien hij aanleiding geeft tot de verwezenlijking van een abnormale winst, o.m. door de te hoge raming van één van de prijsbestanddelen. Dat een door de minister vastgelegde maximumprijs aanleiding geeft tot abnormale winsten, is daarmee niet uitgesloten.²⁷³ Technieken die gehanteerd worden bij de vastlegging van maximumprijzen of -winsten, zijn o.m. het vastleggen van een in geldbedrag uitgedrukte maximumverkoopprijs aan de consument,

²⁶⁵ Cass. 6 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2088, concl. THUIS, *Pas.* 2001, 2017. Zie ook P. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 291-292; T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 18; P. DE VROEDE, “Prijnsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 36; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 474; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 486; H. SWENNEN, “Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (319) 320; H. SWENNEN, “Prijnsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 55; L. VAN BUNNEN, “La loi sur les pratiques du commerce et son incidence sur les contrats”, in X. (ed.), *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, (491) 492-493.

²⁶⁶ P. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 291.

²⁶⁷ H. SWENNEN, “Prijnsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 55.

²⁶⁸ P. DE VROEDE, “Prijnsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 14; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 446; H. SWENNEN, “De nieuwe prijsreglementering”, *DCCR* 1988-89, (148) 148; H. SWENNEN, “Prijnsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 29; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 460.

²⁶⁹ W. VAN GERVEN, *Leerboek handels- en economisch recht III*, 1979, 620.

²⁷⁰ Voor een uitgebreide bespreking van deze ministeriële prijsregelende bevoegdheden, zie P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 450-472. Zie ook T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 23 e.v.; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 461 e.v.

²⁷¹ Zie P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 451; P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 87.

²⁷² Besluitwet 14 mei 1946 houdende verscherping van de controle der prijzen, *BS* 16 mei 1946.

²⁷³ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 454-455.

het opleggen van een prijsverlaging (uitgedrukt in een geldbedrag of in percentages) en het vastleggen van winstmarges voor alle of sommige verdelers.²⁷⁴

93. *Programmaovereenkomsten* – Bij wet van 23 december 1969 werd de minister bevoegd voor economische zaken gemachtigd om met individuele of gegroepeerde ondernemingen programmaovereenkomsten te sluiten die bepaalde verplichtingen inhouden op het vlak van de toegepaste prijzen.²⁷⁵ Derhalve werd in de prijzenwet een contractuele procedure voor het voeren van een prijsbeleid ingevoegd.²⁷⁶

94. *Prijsverhogingen* – Het stelsel van de prijsverhogingen vormt wellicht het meest doeltreffende instrument van het prijsbeleid.²⁷⁷ Het systeem van prijsbeheersing door de overheid kan slechts naar behoren werken, indien de overheid van prijsverhogingsvoornemens op de hoogte is. Derhalve werd een meldingsplicht of een prijsverhogingsaangifte ingesteld.²⁷⁸ Een prijsverhoging is het materiële feit van een prijs die hoger ligt dan de vorige, en dat ongeacht de oorzaken ervan. Derhalve impliceert de prijsverhoging een referenteprijs, wat bij een eenmalige prestatie niet aanwezig is. Tussen het ogenblik van de prijsverhogingsaanvraag en de beslissing van de minister ligt een wachttijd, tijdens dewelke niet tot een prijsverhoging kan worden overgegaan.²⁷⁹ Het stelsel van de prijsverhogingsaangiften heeft in vele gevallen de beoordeling van het normaal karakter van de prijs overgelaten aan de bevoegde minister, in plaats van aan de rechter.²⁸⁰

95. *Dalend belang van het stelsel van de normale prijs* – De prijsreglementering heeft belangrijke wijzigingen ondergaan. Zo heeft het gemeenrechtelijke stelsel van de normale prijs praktisch elke betekenis verloren. Het opleggen van maximumprijzen en winstlimieten alsook het systeem van de prijsverhogingsaangiften zijn immers een steeds grotere rol gaan spelen in het prijsbeleid.²⁸¹ Daardoor kwam aan het gemeenrechtelijke stelsel van de normale prijs steeds minder belang toe.²⁸²

b. Toepassingsgebied

96. *Ruim toepassingsgebied* – Het toepassingsgebied van de prijzenwet is neergelegd in artikel 1. De wet is van toepassing op *alle economische actoren*, met name op handelaars, landbouwers, ambachtslieden en vrije beroepen. Daarbij is niet vereist dat deze actoren een rechtstreeks contact hebben met de consument.²⁸³

²⁷⁴ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 455; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 96-97.

²⁷⁵ Art. 1, §3 prijzenwet.

²⁷⁶ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 469.

²⁷⁷ P. DE VROEDE, “De prijsreglementering in een nieuw kleedje”, *TBH* 1994, (6) 6; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 456.

²⁷⁸ H. SWENNEN, “De nieuwe prijsreglementering”, *DCCR* 1988-89, (148) 148.

²⁷⁹ P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 19; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 459-460.

²⁸⁰ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 467.

²⁸¹ P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 8.

²⁸² W. VAN GERVEN, *Leerboek handels- en economisch recht III*, 1979, 620, die in 1979 al aangaf dat het stelsel van de normale prijs zelden wordt toegepast. Zie ook H. SWENNEN, “De nieuwe prijsreglementering”, *DCCR* 1988-89, (148) 148-149.

²⁸³ P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 14; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 445; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 40. Zie evenwel de nuancering van DE VROEDE in verband met de openbare sector (P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 41).

De wet is van toepassing op de koop en verkoop van goederen, op dienstprestaties alsook op het aanbod daartoe.²⁸⁴ De goederen die door de wet geïndiceerd worden, zijn alle lichamelijke roerende goederen. Onroerende goederen en intellectuele rechten vallen buiten het toepassingsgebied van de wet. Ook de producten en diensten die ingevolge een wettelijke regeling aan de prijzenwet zijn onttrokken, vallen buiten het toepassingsgebied.²⁸⁵ De prestaties die geleverd worden in uitvoering van een arbeids-, bedienden-, leer-, of dienstbodencontract worden uit het toepassingsgebied uitgesloten.²⁸⁶ De prijzenwet geldt dan ook voor elke dienstverlening in het economisch verkeer die niet in ondergeschikt verband (als werknemer) wordt verricht en die niet het voorwerp uitmaakt van een bijzondere regeling.²⁸⁷

c. Het stelsel van de normale prijs

97. *Beoordeling van de normale prijs* – Overeenkomstig artikel 1, §2 prijzenwet is het bij ontstentenis van afsluiting van een programmaovereenkomst of van vaststelling van een maximumprijs, *verboden te verkopen aan een prijs die hoger ligt dan de normale prijs*. De hoven en rechtbanken oordelen oppermachtig over het (ab)normaal karakter van de prijzen. Zij houden in dat opzicht o.m. rekening met de verwezenlijkte winst, de staat van de markt, de kosten van exploitatie van de handels- en nijverheidsonderneming (zoals de opbrengst, fabricage, verwerkings- en vervoerskosten).²⁸⁸ Aan de rechter komt de taak toe om erover te waken dat geen overeenkomsten tegen abnormale prijzen of met abnormale winstmarges worden gesloten.²⁸⁹

98. *Soevereine appreciatiebevoegdheid* – Wat onder een *normale prijs* dient te worden begrepen, behoort tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter.²⁹⁰ De toetsingscriteria die in artikel 1, §2 prijzenwet worden opgesomd, zijn noch limitatief noch normatief. De rechter kan vrij kiezen welke criteria hij toepast bij de concrete beoordeling van het (ab)normale karakter van een prijs.²⁹¹

²⁸⁴ P. DE VROEDE, “Prijnsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 12-13; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 445-446; P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 43. Zie bv. voor aannemingsovereenkomsten: Kh. Luik 9 december 1992, *TBH* 1994, 36.

²⁸⁵ Brussel 17 november 1988, *JT* 1989, 719, *TBH* 1989, 373, noot. Zie P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 444; P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 44 e.v.; J. STUYCK en E. TERRY, “Prijnsreglementering”, in X. (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2002, losbl., nr. 1.; H. SWENNEN, “Prijnsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 29.

²⁸⁶ Art. 1, §1, lid 2 prijzenwet.

²⁸⁷ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 445; R. VAN DEN BERGH, E. DIRIX, H. VANHEES en Y. MONTANGIE, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 2005, 412. Voor voorbeelden van bijzondere prijsregelingen, zie P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 474-477; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 455.

²⁸⁸ Art. 1, §2 prijzenwet. Zie ook R. VAN DEN BERGH, E. DIRIX, H. VANHEES en Y. MONTANGIE, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 2005, 412.

²⁸⁹ H. SWENNEN, “Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (319) 320.

²⁹⁰ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 446; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226; H. SWENNEN, “Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (319) 328-329; H. SWENNEN, “De nieuwe prijsreglementering”, *DCCR* 1988-89, (148) 148.

²⁹¹ P. DE VROEDE, “Prijnsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 14-15; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 446; P. DE VROEDE, *Prijnsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 61 e.v. DE VROEDE merkt op dat het stelsel van de normale prijs enkel nuttig is wanneer

99. *Beoordelingscriteria* – Veelal wordt in de rechtspraak het criterium van *de staat van de markt* of *de marktprijs* gehanteerd bij de beoordeling van het normale karakter van de prijs van een product of een dienst.²⁹² De verwezenlijkte winst en de exploitatiekosten worden door de rechtspraak minder gehanteerd ter beoordeling van het (ab)normale karakter van de prijs.²⁹³

Als *marktprijs* wordt aangemerkt de verkoopprijs die voor een bepaalde categorie van producten normaal wordt toegepast door de meerderheid van de handelaars die in dergelijke omstandigheden handel drijven.²⁹⁴ De normale verkoopprijs is de resultante van een normale winstmarge en normale algemene onkosten, zodat de overige twee criteria (verwezenlijkte winst en exploitatiekosten) eigenlijk in het criterium van de markttoestand vervat liggen.²⁹⁵ Het Hof van Cassatie bevestigde in een arrest van 25 november 1997 dat artikel 1 van de besluitwet geen mathematische becijfering van de precieze kostenstructuur en winstmarge vereist.²⁹⁶ De normale prijs is geen normatief begrip. De rechter bepaalt niet wat normaal of abnormaal is; hij stelt het enkel vast.²⁹⁷

100. *Kritische beschouwingen bij de beoordeling van de normale prijs* – Een vaak opgeworpen kritiek bestaat erin dat het stelsel van de normale prijs, overgelaten aan de soevereine beoordeling van de hoven en rechtbanken, feitelijk leidt tot een *gouvernement des juges*. De rechter zou immers een beslissing nemen die gestoeld is op economische overwegingen, wat een waardeoordeel aangaande het economisch stelsel impliceert. Is hij voorstander van het economisch liberalisme, dan zal hij – mits de marktprijs geëerbiedigd wordt – eender welke winst aanvaarden. Is hij voorstander van een geleide economie, dan zal hij elke winst die een bepaald niveau overschrijdt, verbieden.²⁹⁸

De rechtspraak vult ook het begrip *markttoestand* of *marktprijs* op beperkte wijze in. De marktprijs wordt aangenomen als een gegeven waarvan de totstandkoming niet onderzocht wordt. Een prijs zal als normaal beoordeeld worden, wanneer die prijs door alle handelaars die in gelijke omstandigheden handel drijven wordt gehanteerd. Hanteren al die handelaars een zeer hoge prijs, dan

normatieve criteria worden vastgelegd waaraan de rechter het concrete geval moet toetsen. Tevens pleit deze auteur voor de verplichte raadgeving van een deskundige, teneinde meer lijn te krijgen in de beoordeling van het begrip *normaal verwezenlijkte winst* (P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 68; P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, *RW* 1971, (593) 598).

²⁹² T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 8; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 447; P. DE VROEDE, “De normale prijs”, (noot onder Corr. Turnhout 13 maart 1989), *RW* 1989-90, (1099) 1099; P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, *RW* 1971, (593) 597; H. SWENNEN, “Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (319) 329; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 459; R. VAN DEN BERGH, E. DIRIX, H. VANHEES en Y. MONTANGIE, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 2005, 412.

²⁹³ Zie P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 448, en de aldaar aangehaalde voorbeelden.

²⁹⁴ Corr. Turnhout 13 maart 1989, *RW* 1989-90, 1098, noot P. DE VROEDE; P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 15; P. DE VROEDE, “De normale prijs”, (noot onder Corr. Turnhout 13 maart 1989), *RW* 1989-90, (1099) 1099; P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, *RW* 1971, (593) 597; H. SWENNEN, “Prijsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 31.

²⁹⁵ Brussel 17 januari 1969, *JT* 1970, 174-175; Corr. Brussel 3 juni 1964, *JT* 1964, 691; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 447; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 63, nr. 132; P. DE VROEDE, “De normale prijs”, (noot onder Corr. Turnhout 13 maart 1989), *RW* 1989-90, (1099) 1099; H. SWENNEN, “Prijsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 31.

²⁹⁶ Cass. 25 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1212. Zie ook J. STUYCK en E. TERRY, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, (losbl.) 7.

²⁹⁷ H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 459.

²⁹⁸ P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 67; P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, *RW* 1971, (593) 598. Zie ook T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 10-11, die het probleem erkent doch weigert tot een *gouvernement des juges* te besluiten.

zal de rechter de prijs als normaal beschouwen, aangezien de prijs gebruikelijk is.²⁹⁹ Dat heeft ook als gevolg dat voor eenzelfde product verschillende normale prijzen kunnen voorliggen, met name wanneer de betrokken handelaars niet in dezelfde omstandigheden handel drijven.³⁰⁰

De staat van de markt wordt door rechters niet begrepen als de *marktstructuur*. Bij het hanteren van de marktprijs gaat de rechter dan ook niet na of er voldoende mededinging is op de markt. Hij neemt aan dat die mededinging aanwezig is.³⁰¹ Die houding van de hoven en rechtbanken kan historisch verklaard worden. De prijsreglementering ontstond immers naar aanleiding van oorlogsschaarste. In dat kader werd gewerkt met maximumprijzen en rantsoenering. Eens de markt opnieuw normaal ging functioneren, werden de maximumprijzen opgeheven en werden de goederen onderworpen aan het stelsel van de normale prijzen. De opheffing van de maximumprijs impliceerde dat de markt behoorlijk functioneerde en dat het prijsniveau normaal en redelijk was. Werd er al eens een beroep gedaan op de rechter inzake prijsreglementering, dan ging die ook uit van voormelde situatie.³⁰²

101. *Snelle wijzigingen* – FAVRESSE wijst op een bijzonder gevolg van de prijsreglementering. Een bepaalde prijs kan op vandaag een abnormale prijs uitmaken. Indien evenwel andere marktspelers die prijs gaan volgen, wordt de abnormale prijs een normale prijs. Omgekeerd kunnen contracten die in eerste instantie in overeenstemming zijn met de prijsreglementering, ook zeer snel een inbreuk vormen op diezelfde reglementering. Dat is een wijziging van waarden die de jurist wel kent, o.m. door de evolutie van het begrip goede zeden, maar die zich in het kader van de prijsreglementering kan doorzetten met een nooit eerder geziene snelheid.³⁰³

d. Gevolgen van een schending van het stelsel van de normale prijs

102. *Strafrechtelijke sanctionering* – Het niet naleven van het stelsel van de normale prijs wordt strafrechtelijk gesanctioneerd met een gevangenisstraf en/of een geldboete. Daarnaast kunnen de goederen die het voorwerp van een inbreuk uitmaken, alsook de productie, verwerkings-, verdelings- of vervoermiddelen die voor de geviseerde transacties ingezet werden, verbeurdverklaard worden.³⁰⁴ Een analyse van de rechtspraak geeft aan dat veroordelingen wegens het toepassen van abnormale prijzen enkel voorkomen in gevallen waarin de feiten eveneens een misdrijf van klassiek strafrecht

²⁹⁹ P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 16; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 448-449; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 66.

³⁰⁰ Voorz. Kh. Brussel 17 januari 1972, *JT* 1972, 451. Zie ook P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 16; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 449.

³⁰¹ P. DE VROEDE, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 16-17; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 449; H. SWENNEN, “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, (455) 460; R. VAN DEN BERGH, E. DIRIX, H. VANHEES en Y. MONTANGIE, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, 2005, 412. Zie ook W. VAN GERVEN, *Leerboek handels- en economisch recht III*, 1979, 621. Ook deze auteur interpreteert de normale prijs als de prijs die het gevolg is van een normale mededinging. Hij stelt wel de vraag hoe de rechter zal uitmaken welke die normale prijs is, erop gelet dat op heel wat markten de mededinging en dus ook de natuurlijke prijsvorming wordt vervalst door ondernemingen die een machtspositie innemen of die met elkaar mededingingsbeperkende afspraken maken. Dat is een rol voor de mededinging, niet voor de rechter in het kader van de prijsreglementering. Het is dan ook logisch dat rechters de gebruikelijke prijs als referenteprijs hanteren.

³⁰² H. SWENNEN, “Prijsreglementering in België”, *SEW* 1981, (27) 31-32.

³⁰³ J.-M. FAVRESSE, *Réglementation des prix et réglementation économique avant et après la loi Cools*, 1977, 14.

³⁰⁴ Art. 9, §1 en §2 prijzenwet. Zie op uitgebreide wijze, J. STUYCK en E. TERRY, “Prijsreglementering”, in X. (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, (losbl.) 1 e.v. Zie verder ook bij R. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 301 e.v.; T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 150 e.v.; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 196-197.

uitmaken.³⁰⁵ Om een grotere efficiëntie te bereiken, werden in de wet ook administratieve sancties ingevoegd.³⁰⁶ In de praktijk gebeurt de opsporing van inbreuken op de prijzenwet voornamelijk door de agenten van de Algemene Directie Controle en Bemiddeling.³⁰⁷

103. *Civielrechtelijke gevolgen* – In de prijzenwet zijn geen civielrechtelijke sancties opgenomen.³⁰⁸ Aangezien de prijzenwet de openbare orde raakt, is een overeenkomst gesloten in strijd met de prijzenwet absoluut nietig.³⁰⁹ Over de vraag of de overeenkomst in dat geval nietig is wegens een ongeoorloofde oorzaak dan wel wegens een ongeoorloofd voorwerp, bestaat onenigheid in de rechtspraak.³¹⁰ In elk geval kan de nietigheid opgeworpen worden door eenieder die doet blijken van een belang, bijvoorbeeld een consument die gecontracteerd heeft tegen een ongeoorloofde prijs. De nietigheid kan ook ambtshalve worden opgeworpen.³¹¹

Over de reikwijdte van de nietigheidssanctie bestaat evenmin eensgezindheid. In het bijzonder rijst de vraag of het een volledige nietigheid betreft, dan wel of de nietigheid beperkt kan/moet worden tot het prijsgedeelte dat de normale prijs te boven gaat. In de (weliswaar oude) rechtspraak werd vaak geopteerd voor de volledige nietigheid.³¹² De rechtsleer is daarentegen verdeeld.³¹³ Het Hof van Cassatie benadrukte intussen in het arrest van 6 december 2001 dat het openbare orde-karakter van de prijzenwet, en in het bijzonder van de programmaovereenkomsten gesloten op basis van die wet, “niet inhoudt dat elke miskennning door een ondertekenende onderneming van haar verplichtingen de volstreckte nietigheid impliceert van de contracten die zij met derden sluit met miskennning van de opgelegde voorwaarden”. Het Hof benadrukt dat “in het geval de miskennning zonder invloed blijft op de maximumverkoopprijzen van de producten maar enkel gevolgen heeft voor de winstmarge van bepaalde kleinhandelaars wier bescherming mede wordt beoogd door de programma-overeenkomst, de overeenkomsten die aan deze kleinhandelaars een geringere winstmarge waarborgen dan in de programma-overeenkomst bepaald, niet noodzakelijk volstrekt nietig zijn”.³¹⁴ De verregaande gevolgen van de nietigheidssanctie kunnen door de rechter ook getemperd worden via toepassing van

³⁰⁵ J. STUYCK en E. TERRY, “Prijsgereguleerder”, in X. (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, (losbl.) 13, met verwijzing naar R. ANDERSEN, *La réglementation des prix en droit belge*, 1977, 82-85.

³⁰⁶ P. DE VROEDE, “Prijsgereguleerder”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 31 e.v.

³⁰⁷ Zie P. DE VROEDE, *Prijsgereguleerder*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 191 en 201.

³⁰⁸ R. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 291.

³⁰⁹ Kh. Brussel 29 juni 1977, *JT* 1980, 87, noot P. DE VROEDE. Zie ook P. DE VROEDE, “Prijsgereguleerder”, in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 36; P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, 1988, 474; P. DE VROEDE, *Prijsgereguleerder*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 210; P.A. FORIERS, “Les contrats commerciaux, Chronique de jurisprudence (1970-1984)”, *TBH* 1987, (2) 17-18; H. SWENNEN, “De prijsreguleerder”, *TPR* 1979, (455) 486; H. SWENNEN, “Prijsgereguleerder in België”, *SEW* 1981, (27) 55.

³¹⁰ P. DE VROEDE, *Prijsgereguleerder*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 210, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

³¹¹ R. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 293.

³¹² Zie Gent 23 maart 1950, *Pas.* II, 1951, 3 en Kh. Brussel 22 april 1947, *JT* 1947, 421, beiden aangehaald door P. DE VROEDE, *Prijsgereguleerder*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 211. In andere zin, zie Luik 13 april 1948, *Jur. Liège* 1947-48, 289.

³¹³ Sommige auteurs verkiezen een *volledige nietigheid* (A. DEBERSAQUES, noot onder Luik 11 januari 1949, *RCJB* 1950, 328; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, III, 1947, 186; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 435; P. ANDERSEN, “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 292). Andere auteurs verkiezen een *partiële nietigheid* (T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 20; P. DE VROEDE, *Prijsgereguleerder*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 211-212; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 424; H. SWENNEN, “Prijsgereguleerder in België”, *SEW* 1981, (27) 56; H. SWENNEN, “De prijsreguleerder”, *TPR* 1979, (455) 486).

³¹⁴ Cass. 6 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2088, concl. THUIS, *Pas.* 2001, 2017. Dit arrest kadert dan ook binnen de algemene tendens tot modulering van de radicale nietigheidssanctie. Zie STUNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 129 e.v.

het adagium *In pari causa*³¹⁵ Een vordering tot terugbetaling van bedragen die betaald werden in uitvoering van een dergelijke overeenkomst, kan door de rechter worden toegekend indien ze wordt ingesteld door de partij ten overstaan van wie de overeenkomst niet onrechtmatig is, bijvoorbeeld een consument die tegen een onwettig hoge prijs heeft gekocht.³¹⁶

Eenieder die een schade kan bewijzen, ontstaan door de vernietiging van een contract wegens een abnormale prijs en die niet vergoed wordt door de terugbetaling van de gevaagde prijs (bv. winstderving, noodzakelijke kosten om een nieuw contract te sluiten, ...), kan een gemeenrechtelijke vordering van burgerrechtelijke aansprakelijkheid instellen.³¹⁷ Artikel 113 WMC (oud art. 98 WHPC) geeft aan de individuele consument, de handelaars of ambachtslieden de mogelijkheid om de staking te vorderen van inbreuken op de bepalingen van voornoemde wet, inclusief de handelingen strijdig met de eerlijke handelsgebruiken.³¹⁸

e. Rol van de rechter

104. *Afnemende rol voor hoven en rechtbanken* – Bij de totstandkoming van de prijzenwet werd het prijsbeleid deels aan de minister bevoegd voor economische zaken en deels aan de rechtbanken toevertrouwd. De minister had de vaste taak de prijsvorming te bewaken, terwijl aan de hoven en rechtbanken slechts een occasionele rol was toevertrouwd. Deze taak van de rechter is stilaan uitgedoofd, doordat het stelsel van de normale prijs steeds meer aan belang heeft ingeboet.³¹⁹ Dat geldt zeker wat betreft het civielrechtelijke luik van de prijsreglementering. De burgerrechtelijke gevolgen van een schending van de prijsreglementering dienen tot handhaving van de regel, maar er is geen vervolgingsbeleid. De handhaving komt vooral toe aan de burgers zelf. Zij kiezen ofwel voor de uitvoering van de overeenkomst, ofwel voor een betwisting van de te betalen prijs. Betwistingen komen echter zelden voor.³²⁰

2. Evaluatie van stelsel van de normale prijs

a. Plaats in het model DREXL

105. *Algemeen kader van prijsreglementering: een economische beleidsmaatregel* – De prijsreglementering moet in beginsel beschouwd worden als een economische beleidsmaatregel. De *ratio legis* van de reglementering bestaat erin een prijsbeleid te voeren om zo de economische activiteit van het land te bevorderen. Met de prijsreglementering wordt getracht de concurrentiepositie van ondernemingen en de koopkracht van de bevolking te handhaven. Het prijsbeleid vormt één van de maatregelen tot bijsturing van het marktmechanisme en staat derhalve in nauw verband met het mededingingsbeleid.³²¹ Gelet op het bovenstaande is het algemene kader van de prijsreglementering te onderscheiden van de compenserende instrumenten die tot doel hebben om consumenten en

³¹⁵ T. BOURGOIGNIE, *La réglementation des prix en Belgique*, 1973, 21; P. DE VROEDE, *Prijsregeling*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1976, 213.

³¹⁶ J. STUYCK en E. TERRY, "Prijsreglementering", in X. (ed.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, (losbl.) 31.

³¹⁷ P. DE VROEDE, "Prijsreglementering", in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 37.

³¹⁸ P. DE VROEDE, "Prijsreglementering", in X. (ed.), *Recht voor de onderneming*, 2002, 38.

³¹⁹ H. SWENNEN, "De prijsreglementering", *TPR* 1979, (455) 482-483. Zie *supra*, nr. 95.

³²⁰ H. SWENNEN, "Prijsreglementering in België", *SEW* 1981, (27) 56-57. De Nederlandse auteur OLY heeft ervoor gepleit om overeenkomsten, gesloten in strijd met de prijswetgeving, ongemoeid te laten (G. OLY, "De civielrechtelijke gevolgen van te hoge prijzen voor roerende goederen", *WPNR* 1979, 505-509).

³²¹ H. SWENNEN, "De prijsreglementering", *TPR* 1979, (455) 457.

concurrenten te beschermen tegen misleidende handelspraktijken en daden van oneerlijke mededinging.³²²

106. *Het stelsel van de normale prijs: een vorm van inhoudscontrole* – Het stelsel van de normale prijs brengt echter onmiskenbaar een vorm van inhoudscontrole met zich mee.³²³ Nochtans maakt het stelsel van de normale prijs geen compenserend instrument uit. Deze controle van de normale prijs wordt immers niet doorgevoerd ter compensatie van een tekort aan contractvrijheid of vrije mededinging. De vraag die evenwel rijst, is te weten of het stelsel van de normale prijs, als economische beleidsmaatregel, voldoende draagkracht heeft om, weliswaar *a posteriori*, tussen te komen bij een falen van de contractvrijheid (bv. bij misbruik van inferioriteit in hoofde van één van de contractpartijen, dat leidt tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties).

b. Stelsel van de normale prijs als compenserend instrument

107. *Instrument van consumentenbescherming?* – Volgens de FOD Economie houdt het verbod om een abnormale prijs te hanteren met de liberalisering van de prijzen meer dan ooit een belangrijke bescherming van de consument in tegen eventueel misbruik. Zo zouden zich regelmatig problemen voordoen in sectoren waar de concurrentie gebrekkig blijft door het gebrek aan transparantie van de markt, of bij specifieke omstandigheden waarin de consument-medecontractant zich bevindt (noodgeval, armoede, misbruik van vertrouwen, ...). De Algemene Directie Controle en Bemiddeling ontvangt bijvoorbeeld regelmatig klachten over het gebruik van abnormale prijzen voor reparatiediensten of voor verschillende producten die rechtstreeks aan huis bij de consument worden verkocht.³²⁴

SWENNEN is van oordeel dat zowel de consumentenverenigingen als de individuele consument onvoldoende beroep doen op deze bepalingen en veeleer lijken te wachten op een bijzondere *consumentenbeschermende* regelgeving.³²⁵ De nietigheid van de overeenkomst wegens een abnormaal hoge prijs wordt inderdaad nooit ingeroepen door de consument.³²⁶ Ook een Franse auteur merkt op dat de prijzenwetgeving bescherming kan bieden aan de consument, ook al was de invoering van de prijzenwet niet ingegeven vanuit de idee van consumentenbescherming.³²⁷

108. *Beperkte betekenis* – Aan het stelsel van de normale prijs komt slechts een uiterst beperkte betekenis toe. Enkel de producten en/of diensten waarvan de prijsvorming of -evolutie niet het voorwerp uitmaakt van een bestaande reglementering (maximumprijs of programmaovereenkomst) of waarvan de marktomstandigheden een vergelijking in de tijd onmogelijk maken (prijsverhoging), zijn aan het gemene stelsel van de normale prijs onderworpen.³²⁸ Bij de hoven en rechtbanken is

³²² *Supra*, nr. 90.

³²³ Zie op impliciete wijze, J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 450.

³²⁴ http://economie.fgov.be/nl/consument/Gereguleerde_prijzen/Normale_prijs/index.jsp.

³²⁵ H. SWENNEN, "Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information", in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (319) 320.

³²⁶ De oorzaak hiervan wordt *enerzijds* gezocht in de onwetendheid van de consument over de middelen die hem ter beschikking staan, maar *anderzijds* zou ook de verregaande nietigheidssanctie hierin een belangrijke rol spelen. Zie P. ANDERSEN, "Les sanctions en matière de réglementation des prix", in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, 1982, (291) 292.

³²⁷ Zie o.m. de Franse auteur LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 392.

³²⁸ P. DE VROEDE en M. FLAMÉE, *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band I*, 1988, 449.

onmiskienbaar een terughoudendheid merkbaar inzake de toepassing van deze controle.³²⁹ Beslissingen aangaande een controle van de normale prijs zijn in de loop der jaren uitermate schaars geworden.³³⁰

3. Besluit

109. *Ondoeltreffend instrument* – Hierboven werd reeds aangestipt dat het contractueel onevenwicht, waaronder ook het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, vaak een symptoom is van de ongelijke posities van de contractpartijen. Vanuit die invalshoek nam de aandacht voor deze problematiek de afgelopen jaren ook toe.³³¹ De prijsreglementering werd echter vanuit een andere doelstelling ingevoerd, met name het voeren van een prijsbeleid ter bevordering van de economische activiteiten in ons land.

Daar waar de controle van de normale prijs op collectief niveau misschien een nuttig instrument kan zijn om misbruiken aan te pakken³³², lijkt deze reglementering in handen van de individuele marktdeelnemer geen geschikt instrument te zijn om een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties aan te pakken. Het stelsel van de normale prijs heeft als economische beleidsmaatregel te weinig draagkracht om te worden ingezet bij een tekort aan contractvrijheid, bijvoorbeeld in hoofde van een consument. De rechterlijke controle op de normale prijs vormt geen geschikt instrument om de geldigheid van de overeenkomst aan te vechten en/of een precontractuele fout in hoofde van een contractpartij aan te tonen. Deze prijsreglementering is ook eerder gericht op de strafsancities dan op de burgerrechtelijke sanctionering. Het bovenstaande doet ons dan ook besluiten dat de prijsreglementering als economische beleidsmaatregel ontoereikend is om een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties aan te pakken. Daartoe dient derhalve een beroep te worden gedaan op compenserende instrumenten.

§3. Compenserende instrumenten

110. *Inleiding* – De beginselen van vrije mededinging en contractvrijheid zijn niet steeds daadwerkelijk aanwezig. Dat leidt er toe dat de vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemers niet steeds gevrijwaard wordt. De nood aan compenserende instrumenten, zowel gemeenrechtelijke als consumentenrechtelijke, laat zich voelen, teneinde de vrije mededinging en de contractvrijheid daadwerkelijk te realiseren (of te materialiseren).

A. Materialisering van de vrije mededinging

111. *Misbruik van machtspositie* – Artikel 102 VWEU (oud art. 82 EG-Verdrag) verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.³³³ Een machtspositie wordt – zowel door het Hof van Justitie als door de Commissie – gedefinieerd als “een positie die een onderneming in staat stelt haar gedrag te bepalen zonder

³²⁹ Zie P. DE VROEDE, “Aspekten van het overheidsbeleid inzake prijzen”, RW 1971, (593) 597-598: “De rechter bekent soms impliciet zijn verlegenheid om het begrip normale prijs te omschrijven en om het te toetsen aan het concrete geval dat hem wordt voorgelegd. (...)”.

³³⁰ P. DE VROEDE, “De normale prijs”, (noot onder Corr. Turnhout 13 maart 1989), RW 1989-90, (1099) 1099. Zie tevens P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, 79 en 82; H. SWENNEN, “Prijnsreglementering in België”, SEW 1981, (27) 56-57.

³³¹ *Supra*, nr. 38.

³³² Zie de hogere stellingname van de FOD Economie, *supra*, nr. 107.

³³³ D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2009, 41; W. VAN GERVEN e.a., *Mededingingsrecht – Kartelrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en economisch recht*, 1996, 455.

rekening te houden met concurrenten, afnemers of leveranciers".³³⁴ Voor het misbruikvereiste wordt geen vaste definitie gehanteerd. Wel worden in artikel 102 VWEU op exemplatieve wijze enkele voorbeelden van misbruik opgesomd. Daaruit blijkt dat vooral het misbruik wordt beoogd dat een nadeel berokkent aan handelspartners en aan consumenten.³³⁵ Zo wordt in artikel 102 VWEU ook "*het onrechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- en verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden*" als mogelijk misbruik vermeld.

Door het verbod op het misbruik van machtspositie wordt een contractpartij beschermd ten aanzien van een sterke medecontractant die zijn wil kan opleggen.³³⁶ De toetsing door de rechter van dit misbruik vormt een compenserend instrument, waarbij de inhoud van de overeenkomst wordt gecontroleerd.³³⁷ Hiermee ligt in het bijzonder een instrument voor waarbij het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties door de rechter kan worden getoetst.

112. *Onbillijk hoge prijzen* – Een onbillijk hoge prijs kan voorliggen, wanneer de prijs niet in redelijke verhouding staat tot de waarde van het product. In een arrest van 18 februari 1971 gaf het Hof van Justitie reeds aan dat een prijs onbillijk hoog is, als hij *zakelijk niet gerechtvaardigd is*.³³⁸ In het *United Brands*-arrest van 14 februari 1978 preciseerde het Hof dit nader. Het Hof liet er geen twijfel over bestaan dat het aanrekenen van een te hoge prijs door een onderneming die over een machtspositie beschikt, een misbruik uitmaakt: "*mitsdien moet worden onderzocht of de bezitter van de machtspositie de mogelijkheden ervan heeft benut om handelsvoordelen te verwerven die hij in een positie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad; dat een dergelijk misbruik in casu zou bestaan in het toepassen van een te hoge prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie; dat het buitensporige karakter van die prijs onder meer objectief zou kunnen worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen, ...*". Hiermee verwijst het Hof naar drie mogelijke methoden ter vaststelling van een buitensporig hoge prijs: (i) de vergelijking met een prijs die in een toestand van een normale en daadwerkelijke mededinging zou zijn tot stand gekomen; (ii) de vergelijking met de economische waarde van de geleverde prestatie en (iii) de vergelijking met de kostprijs van het product. VAN GERVEN e.a. geven aan dat het niet geheel duidelijk is in welk opzicht de tweede methode verschilt van de eerste (de economische waarde van de tegenprestatie kan immers verwijzen naar de marktwaarde, d.i. de prijs die onder normale voorwaarden van mededinging tot stand zou zijn gekomen) en/of van de derde (de kostprijs van het product of de prestatie geeft immers aan wat het waard is).³³⁹

B. Materialisering van contractvrijheid

113. *Overzicht* – In beginsel kunnen de compenserende instrumenten in drie categorieën worden onderverdeeld, met name (i) instrumenten die de wilsvrijheid bij de contractsluiting verzekeren, (ii)

³³⁴ D. PHILIPPE, "La protection de la partie faible en droit international", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (553) 577; W. VAN GERVEN e.a., *Mededingingsrecht – Kartelrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en economisch recht*, 1996, 467. Zie ook D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2009, 41 en 45.

³³⁵ W. VAN GERVEN e.a., *Mededingingsrecht – Kartelrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en economisch recht*, 1996, 479-480. Zie ook D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2009, 42.

³³⁶ D. PHILIPPE, "La protection de la partie faible en droit international", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (553) 577.

³³⁷ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 445-446 en 450.

³³⁸ HvJ 40/70, *Sirena v. Eda e.a.*, Jur. 1971, 84.

³³⁹ W. VAN GERVEN e.a., *Mededingingsrecht – Kartelrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Handels- en economisch recht*, 1996, 490. Zie ook bij D. GRISAY, *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2009, 50.

instrumenten die de termijn voor beraad verlengen en (iii) instrumenten die de inhoud controleren.³⁴⁰ Deze categorisering van instrumenten vindt zowel toepassing bij de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten als bij de consumentenrechtelijke compenserende instrumenten.³⁴¹ De nood aan een compenserend instrument uit het consumentencontractenrecht laat zich voelen, daar waar de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten ontoereikend zijn om de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer te vrijwaren.³⁴²

1. Instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting

114. *Ruime invulling* – Deze categorie van compenserende instrumenten is ruimer dan op het eerste gezicht zou worden vermoed. Het omvat vooreerst een aantal – gemeenrechtelijke en consumentenrechtelijke – instrumenten die vastgehaakt kunnen worden aan de *informatietoestand* van de contractpartijen. Positieve en negatieve informatieplichten kunnen worden onderscheiden. *Positieve informatieplichten* leggen de verplichting op aan de contractpartijen om alle informatie mee te delen die van belang is voor de contractsluiting. Dit omvat zowel gemeenrechtelijke instrumenten (bv. precontractuele informatieplichten in het kader van de precontractuele zorgvuldigheidsplicht, gesanctioneerd door de theorie van de *culpa in contrahendo*³⁴³) alsook consumentenrechtelijke instrumenten (bv. artikel 4 WMC (oud art. 30 WHPC)³⁴⁴, het transparantievereiste uit de onrechtmatige bedingenleer en voorschriften tot prijstransparantie)³⁴⁵. *Negatieve informatieplichten* omvatten wettelijke bepalingen die verbieden dat de professionele partij de informatietoestand van de consument slechter maakt. Daarbij kan bv. verwezen worden naar het gemeenrechtelijke wilsgebrek bedrog alsook naar het (consumentenrechtelijke) verbod op misleidende handelspraktijken.

Naast deze instrumenten die betrekking hebben op de informatietoestand van de contractpartijen, omvat deze categorie ook instrumenten die de *vrije wil* van de contractpartijen bij de

³⁴⁰ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 417 en 449; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 32 e.v.

³⁴¹ Zie DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 450 e.v. en 492-493.

³⁴² *Supra*, nr. 83. Daar waar het mededingingsrecht waakt over het aanbod op de markt, is consumentenbescherming erop gericht een deel van de vraagzijde van de markt in het oog te houden. Bescherming van de consument helpt derhalve mee aan de harmonieuze opbouw en het functioneren van de markt (J. ROCHFELD, “Du statut du droit contractuel ‘de protection de la partie faible’: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme”, in X. (ed.), *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, (835) 843 e.v.). Of zoals HESSELINK het formuleert: “In economische termen: er is een marktfout aan de vraagkant, die gerepareerd wordt met consumentenbescherming, net als het mededingingsrecht marktfouten aan de aanbodkant (machtsconcentraties) repareert.” (M.W. HESSELINK, “Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht?”, *NJB* 2007, (850) 853).

³⁴³ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192 e.v.

³⁴⁴ Volgens deze bepaling is de onderneming gehouden om, ten laatste op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst, te goeder trouw aan de consument de behoorlijke en nuttige informatie te geven betreffende de belangrijkste kenmerken van het product en betreffende de verkoopsvoorwaarden, rekening houdend met het door de consument uitgedrukte behoefte aan informatie en rekening houdend met het door de consument meegedeelde of redelijkerwijze voorzienbare gebruik. Aangenomen wordt dat deze bepaling een wettelijke bekrachtiging vormt van een regel die reeds lang door de hoven en rechtbanken op basis van de gemeenrechtelijke principes van goede trouw en precontractuele zorgvuldigheid wordt opgelegd. Zie o.m. DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 437; A. DE BOECK, “De informatieverplichting van de professioneel ten aanzien van de consument”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (1) 5. Zie in dit verband ook de eerdere bijdrage van G. ROMMEL, “De informatieplicht in het consumentenrecht”, *RW* 1983-1984, 2273-2312. Voor het Franse recht, zie A. SINAY-CYTERMANN, “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (241) 251-252.

³⁴⁵ De informatieplichten die opgelegd worden ter bescherming van de consument, zijn verscheiden van aard en liggen verspreid binnen de consumentenwetgeving (I. SAMOY en E. TERRY, “Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (36) 39).

contractsluiting verzekeren, zonder evenwel betrekking te hebben op de informatietoestand van de partijen. Het wilsgebrek geweld is daar een voorbeeld van.³⁴⁶

Hierna zal blijken dat bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling de benadeelde contractpartij zich *ofwel* niet bewust was van het misbruik en de benadeling (slechte informatietoestand), *ofwel* zich daar wel bewust van was, maar over onvoldoende middelen beschikte om zich er tegen te verzetten (aantasting vrije wil).³⁴⁷ Derhalve kan ook de gekwalificeerde benadeling beschouwd worden als een instrument ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting.

115. *Doel van de informatieplichten* – Opdat er sprake kan zijn van een beslissing in hoofde van een marktdeelnemer waarbij diens vrije zelfbeschikking daadwerkelijk wordt gerespecteerd, dient deze beslissing te berusten op een correcte voorstelling van zaken. Een tekort aan kennis over voor de overeenkomst relevante elementen impliceert een tekort aan daadwerkelijke beslissingsvrijheid.³⁴⁸ Daarmee wordt onmiddellijk de relevantie van de informatieplichten duidelijk.

116. *Verschuiving ‘caveat emptor’-principe* – Het aanstippen van de nood aan toereikende kennis beantwoordt nog niet de vraag wie voor het bekomen van informatie moet instaan en wie desgevallend ook de verantwoordelijkheid draagt voor de afwezigheid of de onjuistheid van informatie. In beginsel komt het toe aan de verkrijger van een goed of een dienst om zich over de aard en de kwaliteit te informeren dan wel aan zijn medecontractant om passende informatie te vragen. Het romeinsrechtelijke *caveat emptor*-beginsel – “*emptor curiosus esse debet*” of vrij vertaald “*contractpartijen moeten er voor zorgen dat ze alle belangrijke informatie hebben vooraleer een contract te sluiten*” – geldt in principe over de grenzen van het kooprecht heen.³⁴⁹

Het *caveat emptor*-principe wordt echter steeds meer verlaten, wat tot uiting komt in het consumentencontractenrecht alsook in andere rechtstakken.³⁵⁰ De in het consumentenrecht geldende informatieplichten gaan ervan uit dat het voor de consument onmogelijk of onredelijk is om op zelfstandige wijze toereikende informatie te verwerven, zodat aan de medecontractant van de consument – en niet aan de consument zelf – wordt opgelegd om voor deze toereikende informatie te zorgen. De verantwoordelijkheid inzake informatie wordt vanuit de invalshoek van consumentenbescherming verschoven van de consument naar diens medecontractant.³⁵¹

2. Instrumenten die de termijn voor beraad verlengen (bedenktermijnen)

117. *Doelstelling* – Met de toekenning van een bedenktijd wordt niet zozeer getracht om ervoor te zorgen dat de consument zijn toestemming geeft met perfecte kennis van zaken. Het gaat er veeleer om de consument te beschermen tegen ondoordachte engagementen.³⁵² Er wordt verondersteld dat de consument niet in staat is om de modaliteiten rond de contractsluiting of de contractinhoud zonder een verlengde overwegingstermijn te verwerken. Het herroepingsrecht bestaat onafhankelijk

³⁴⁶ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 452 e.v.

³⁴⁷ *Infra*, nr. 380.

³⁴⁸ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 180.

³⁴⁹ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 180-181.

³⁵⁰ I. SAMOY en E. TERRY, “Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (36) 38; TERRY, *Bedenkrijden in het consumentenrecht*, 2008, 36. Zie ook bij de Duitse auteur MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 181.

³⁵¹ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 181.

³⁵² A. SINAY-CYTERMANN, “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (241) 253. Zie ook TERRY, *Bedenkrijden in het consumentenrecht*, 2008, 37.

van het inhoudelijke voordeel van het contract voor de consument of van zijn objectieve rechtvaardigheid. De consument wordt erdoor in staat gesteld naar eigen maatstaven en zonder gevaar voor zijn beslissingsvrijheid een beslissing te nemen tot behoud of tot afstand van het contract.³⁵³

118. *Geen uniforme bedenktijd* – Een situatiegebonden consumentenrecht vraagt de identificatie van een situatie waarin economische zelfbeschikking niet mogelijk is en de remediëring van deze situatie. Hieruit volgt dat de bedenktijd die wordt toegekend niet in alle situaties identiek hoeft te zijn. Zo zal de termijn en de aanvang moeten variëren naargelang de redenen voor de toekenning van de bedenktijd, teneinde de effectiviteit en de proportionaliteit van deze compenserende maatregel te waarborgen.³⁵⁴

119. *Verscheidenheid aan wettelijke bepalingen* – In het Belgische recht deed de bedenktijd zijn intrede in 1970 bij overeenkomsten op afbetaling die gesloten werden buiten het bedrijf van de verkoper.³⁵⁵ Met de (oude) WHPC van 1991 (nu WMC) werd de bedenktijd uitgebreid naar alle verkopen buiten de onderneming. Later werd de bedenktijd ook opgenomen in andere wetten die consumentenbescherming tot doel hadden, waaronder o.m. de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, de wet van 11 april 1999 betreffende timesharing en het KB van 12 januari 2007 inzake bemiddelingsovereenkomsten met vastgoedmakelaars.³⁵⁶

3. Instrumenten ter controle van de contractinhoud

120. *Doelstelling* – De rechterlijke controle van de contractinhoud is één van de compenserende instrumenten die ingeroepen kan worden ingeval de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer niet gerespecteerd wordt. Bij toepassing van deze instrumenten gaat de rechter, op basis van een bepaalde wettelijke bepaling of een bepaalde rechtsfiguur, na of de contractinhoud die door de contractpartijen werd overeengekomen, wel evenwichtig is.

121. *Gemeenrechtelijke instrumenten* – Voor gemeenrechtelijke instrumenten die een toetsing van de contractinhoud met zich meebrengen, kan in de eerste plaats verwezen worden naar de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling, die beiden een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhouden. Verder kunnen hier ook de gemeenrechtelijke regels tot toetsing van bepaalde bedingen (bv. artikel 1231, §1 B.W. inzake schadebedingen) onder gebracht worden.

122. *Consumentenrechtelijke instrumenten* – De belangrijkste toepassing van deze categorie in het consumentencontractenrecht vormt ongetwijfeld de onrechtmatige bedingenleer uit de WMC (oude WHPC). Typerend voor deze dwingende regelgeving is dat aan de onderneming geen welomschreven verplichtingen worden opgelegd, maar dat het opnemen van bepaalde bedingen in de overeenkomst verboden wordt. Artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC) omvat daarenboven een open norm³⁵⁷,

³⁵³ MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 151.

³⁵⁴ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 38-39. Zie ook J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 487.

³⁵⁵ Art. 5 wet 8 juli 1957 tot regeling van de verkoop op afbetaling en zijn financiering, BS 26 juli 1957, zoals gewijzigd bij wet 8 juli 1970. Deze wet werd opgegeven door de wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, BS 9 juli 1991.

³⁵⁶ Voor een exhaustieve bespreking van de bedenktijd in deze verschillende wettelijke bepalingen, zie TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 167 e.v.

³⁵⁷ Met de nieuwe WMC werd deze open norm spijtig genoeg enkel neergelegd onder de vorm van een definitie. Zie ook *infra*, nr. 922.

waarbij het aan de rechter – en niet aan de wetgever – toekomt om te bepalen of er een kennelijk onevenwicht is tussen de rechten en verplichtingen van partijen.³⁵⁸ De toetsing van kernbedingen wordt evenwel uitdrukkelijk uitgesloten in artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3, lid 2 WHPC). Daarnaast omvatten ook verschillende bijzondere wetten een regeling inzake onrechtmatige bedingen.³⁵⁹

C. Beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit

123. *Proportionaliteitsbeginsel* – Bovenstaande compenserende instrumenten mogen er dan wel op gericht zijn om *materiële* contractvrijheid te realiseren, dat belet niet dat diezelfde instrumenten ook een beperking kunnen inhouden van de *formele* contractvrijheid.³⁶⁰ Deze technieken zijn erop gericht om de vrije economische keuze van de marktdeelnemers te garanderen, maar kunnen echter tegelijk deze beschikkingsvrijheid ook beperken. Derhalve dienen deze compenserende instrumenten met mate te worden gehanteerd, in overeenstemming met het principe van proportionaliteit.³⁶¹

124. *Subsidiariteitsbeginsel* – Bovenstaande categorisering van compenserende instrumenten maakt duidelijk dat sommige instrumenten ingrijpender zijn dan andere. Instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting vormen de minst ingrijpende compenserende maatregelen. Een tweede compenserende categorie bestaat uit het toekennen van een bedenkttermijn. Bij deze techniek wordt het ogenblik van gebondenheid in handen gelegd van de marktdeelnemer, waardoor al verder wordt ingegrepen in de contractuele sfeer. De meest ingrijpende techniek bestaat tot slot in de controle van de contractinhoud.

Tussen deze verschillende categorieën van instrumenten geldt een subsidiariteitsbeginsel, waardoor minder ingrijpende maatregelen voorrang genieten boven meer ingrijpende maatregelen.³⁶² Zo lijkt een inhoudelijke controle van de contractinhoud slechts aangewezen, indien de informatieplichten en/of de bedenkttermijnen, het tekort aan vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemer niet kan compenseren. Het gebruik van bedenkttermijnen is op zijn beurt slechts aan de orde, indien de informatieplichten niet het gewenste resultaat bereiken.³⁶³ Vanzelfsprekend bereikt dit subsidiariteitsbeginsel zijn grens, van zodra een bepaald instrument niet (langer) het gewenste effect bereikt.³⁶⁴

§4. Verhouding gemeen privaatrecht – consumentenrecht: kruisbestuiving

125. *Inleiding* – Hierboven is de vraag gerezen hoe het consumentencontractenrecht zich precies verhoudt ten aanzien van het gemeen contractenrecht, meer bepaald of het consumentencontractenrecht beschouwd moet worden als een afzonderlijke rechtstak dan wel eerder bestudeerd moet worden in samenhang met het gemeen contractenrecht.

³⁵⁸ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1151; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 46; P. WERY, “Le droit commun des obligations contractuelles face à l’émergence des nouvelles législations”, in A. WIJFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2005, (391) 397-398.

³⁵⁹ Zie bv. wet 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, *BS* 9 juli 1991; KB 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, *BS* 19 januari 2007.

³⁶⁰ *Supra*, nr. 44.

³⁶¹ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 33.

³⁶² J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 449-450; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 33.

³⁶³ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 451.

³⁶⁴ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 33.

126. *Consumentencontractenrecht als deelverzameling van het gemeen contractenrecht* – Het bovenstaande onderzoek heeft uitgewezen dat het consumentencontractenrecht niet beschouwd kan worden als een afzonderlijke rechtstak. Het consumentencontractenrecht staat immers niet los van het gemeen contractenrecht. Bij de bestudering van de contractuele positie van de consument moet aandacht worden besteed zowel aan het gemeen contractenrecht als aan het consumentencontractenrecht. Het consumentencontractenrecht kan beschouwd worden als een *deelverzameling* van het gemeen contractenrecht. De consument geniet immers van de algemene leerstukken uit het gemeen contractenrecht alsook van enkele specifieke instrumenten die voor zijn hoedanigheid ontwikkeld werden. Consumentenbescherming maakt deel uit van het privaatrecht en kan bijgevolg geenszins als een afzonderlijke rechtstak worden beschouwd.³⁶⁵

127. *Gemeen contractenrecht en consumentencontractenrecht: kruisbestuiving* – Compenserende instrumenten uit het consumentencontractenrecht bouwen vaak voort op instrumenten die reeds beschikbaar waren in het gemeen contractenrecht. Hierbij kunnen de precontractuele informatieplichten als voorbeeld worden aangehaald. Daarnaast gaat ook een invloed uit van het consumentencontractenrecht op het gemeen contractenrecht.³⁶⁶ De beteugeling van oneerlijke bedingen is de materie bij uitstek waar een grote interactie bestaat tussen het gemeen contractenrecht en het consumentenrecht. Dat is bijvoorbeeld het geval wat betreft (de concrete invulling van) de algemene toetsingsnorm, het transparantievereiste, de toetsing van welbepaalde clausules (zoals schadebedingen, exoneratiebedingen, ...) en de nietigheidssanctie.³⁶⁷ Met het Franse Avant-Projet de réforme wordt de notie *clause abusive* mogelijks zelfs ingevoerd in het Franse gemeen contractenrecht.³⁶⁸ Wat het Nederlandse recht betreft, kan gewezen worden op de regeling inzake de algemene voorwaarden die in het N.B.W. werd opgenomen.³⁶⁹

BESLUIT

128. *Schril contrast* – In het eerste deel van dit proefschrift is gebleken dat het gemeen contractenrecht, en het consumentenrecht onderling verweven zijn en in samenhang moeten worden bestudeerd. Inzake de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties valt evenwel een schril contrast op tussen beiden. Verschillende gemeenrechtelijke instrumenten laten

³⁶⁵ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 283; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 143. In dezelfde zin, X. DIEUX, “Tendances générales du droit contemporain des obligations ‘réforme et contre-réforme’”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (1) 4. In andere zin: T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation: au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté économique européenne*, 1988, 564 p.; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 3, die uitgaat van het consumentenrecht als een aparte rechtstak.

³⁶⁶ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 20. Zie ook M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 193; P. VAN OMMESLAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jacques Heenen*, 1994, 509-556.

³⁶⁷ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 142-143. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, “Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (245) 246.

³⁶⁸ Artikel 1122-2 Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) (hierna *Avant-Projet de réforme* genoemd). Zie ook B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Rev. dr. unif.* 2006, (103) 122: “Ainsi, l’avant-projet étend, lui aussi, la protection contre les clauses abusives à tous les contractants, victimes d’un déséquilibre contractuel significatif provoqué par une clause qu’ils n’ont pas pu négocier. ... Ce faisant, l’avant-projet, ..., rapatrie dans le droit commun du contrat, autrement dit dans le Code civil, une règle qui était jusqu’alors édictée dans le seul droit de la consommation.” Zie *infra*, nrs. 287-289.

³⁶⁹ T. HARTLIEF, “Freedom and Protection in Contemporary Contract Law”, *JCP* 2004, (253) 254-255.

aan de rechter een toetsing toe van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, waaronder de benadeling en gekwalificeerde benadeling (instrumenten ter compensatie van een gebrek aan contractvrijheid), en in het ruimere gemeen privaatrecht ook de prijsreglementering (economische beleidsmaatregel) en het verbod op misbruik van machtspositie (instrument ter compensatie van een tekort aan vrije mededinging). In het consumentencontractenrecht wordt de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties evenwel uitgesloten door de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer (artikel 73, lid 3 WMC - oud art. 31, §3, lid 2 WHPC). Dit schrille contrast tussen, enerzijds, de (op het eerste gezicht resolute) afkeer voor de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht en, anderzijds, de gemeenrechtelijke instrumenten die wel een dergelijke toetsing met zich meebrengen, vormt de centrale probleemstelling van het verdere onderzoek.

129. *Vervolg van het onderzoek* – Als uitgangspunt van dit proefschrift wordt een situatiegebonden consumentenrecht gehanteerd, wat inhoudt dat een compenserend consumentenrechtelijk instrument slechts aangewezen is, indien de vrije zelfbeschikking (in het bijzonder de contractvrijheid) van de consument als marktdeelnemer niet of onvoldoende gegarandeerd wordt door de gemeenrechtelijke instrumenten. Teneinde de opportuniteit van de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht te beoordelen, moet dan ook worden nagegaan of de gemeenrechtelijke instrumenten die ter compensatie van een tekort aan contractvrijheid dergelijke toetsing in zich dragen, *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument niet wegnemen. Met het oog op het beantwoorden van deze vraag worden in volgend deel II van het proefschrift deze gemeenrechtelijke compenserende instrumenten, met name de benadeling en de gekwalificeerde benadeling, diepgaand onderzocht.

DEEL II DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN HET GEMEEN CONTRACTENRECHT

INLEIDING

130. *Structuur* – In dit tweede deel van het proefschrift wordt de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties bestudeerd in *het gemeen contractenrecht*. Twee gemeenrechtelijke figuren brengen dergelijke toetsing met zich mee: de (gewone) benadeling en de gekwalificeerde benadeling. Het Belgische recht vormt op dit punt een mooie illustratie van de scheiding die in Europa bestaat tussen landen met een benadelingsleer en landen met een misbruikleer.³⁷⁰

Het *eerste hoofdstuk* wordt gewijd aan de rechtsfiguur van de (gewone) *benadeling*. Verscheidene wettelijke bepalingen, zowel uit het Burgerlijk Wetboek als uit bijzondere (Belgische en Franse) wetgeving, worden in de doctrine aangehaald als toepassingsgevallen van de benadeling. We geven in dit hoofdstuk een overzicht van deze bepalingen en gaan na in welke mate daadwerkelijk toepassingsgevallen van de benadeling voorliggen. Tevens wordt een blik geworpen op het Nederlandse en Duitse recht ter zake alsmede op de initiatieven tot uniformisering van het Europese contractenrecht (PECL en UNIDROIT-principles).

In het *tweede hoofdstuk* bespreken we vervolgens de rechtsfiguur van de *gekwalficeerde benadeling*. Deze rechtsfiguur verwierf in de loop van de 20^e eeuw een plaats in het Belgische verbintenissenrecht dankzij de aanhoudende inspanningen van rechtspraak en rechtsleer. Na een korte situering en een diepgaand grondslagenonderzoek trachten we de verschillende toepassingsvoorwaarden van deze rechtsfiguur uit te diepen. Hierbij wordt ook rekening gehouden met de bevindingen in de buitenlandse rechtssystemen.

131. *Doelstellingen en onderzoeksresultaten* – In dit deel van het proefschrift trachten we na te gaan of de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling, als gemeenrechtelijke instrumenten die ter compensatie van een tekort aan contractvrijheid een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toelaten, *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument wegnemen. Het onderzoek zal uitwijzen dat dit niet het geval is. De wettelijke toepassingen van de benadeling blijken daartoe ontoereikend te zijn. Aangaande de gekwalificeerde benadeling zal worden vastgesteld dat deze rechtsfiguur op vandaag een eerder beperkte toepassing kent in de praktijk. Om een ruimere toepassing van de gekwalificeerde benadeling te bewerkstelligen, zullen in dit onderzoek verschillende oplossingen worden aangereikt, waaronder de aanwijzing van een duidelijke grondslag. Het onderzoek zal de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, als enige zuivere grondslag van de gekwalificeerde benadeling aanwijzen. Op basis daarvan zullen de toepassingsvoorwaarden en de sanctionering van deze rechtsfiguur verfijnd worden.

³⁷⁰ *Infra*, nr. 135.

HOOFDSTUK I. DE RECHTSFIGUUR BENADELING

AFDELING I. VRAAGSTELLING EN VOORLOPIGE BEGRIPSBEPALING

§1. Vraagstelling

132. *Benadeling: een constante doorheen de geschiedenis* – “*Le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit et de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion; c’est aussi le plus connu et peut-être le plus insoluble*”.³⁷¹ Met die woorden omschreef RIPERT in het begin van de 20^e eeuw de rechtsfiguur van de benadeling. De vraag of – en zo ja, in welke gevallen – de rechter in het kader van de totstandkoming van de overeenkomst het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties mag toetsen, is reeds meer dan zestien eeuwen het onderwerp van uitgesponnen en veelal levendige debatten. De gespannen verhouding tussen recht en moraliteit treedt hierbij steeds opnieuw op de voorgrond.³⁷² Precies omwille van dit spanningsveld dat de benadeling omringt, is deze rechtsfiguur een probleem van alle tijden.

133. *Evoluerende maatschappelijke context* – De wijze waarop de benadeling in het recht wordt benaderd, hangt sterk af van de maatschappelijke context van de betrokken periode. Dat de benadeling beschouwd wordt als de veruitwendiging van het conflict tussen twee basisbeginselen uit het verbintenissenrecht, met name het beginsel van de wilsautonomie en de billijkheid,³⁷³ illustreert dat.

Zoals hoger uitgewerkt, ligt het beginsel van de wilsautonomie onmiskenbaar aan de basis van het contractenrecht in het Burgerlijk Wetboek.³⁷⁴ Vanuit dat uitgangspunt heeft de benadeling nauwelijks een bestaansreden.³⁷⁵ Komt een contract tot stand door middel van een vrije wil, dan is dit contract geldig. Voor de opstellers van het Burgerlijk Wetboek was het vanzelfsprekend dat in dat geval ook een billijke overeenkomst voorlag. De overeenkomst was immers gewild door beide contractpartijen. Hierbij werd door de wetgever verondersteld dat de contractpartijen bij de contractsluiting op gelijke voet stonden.³⁷⁶

Op het ogenblik dat de veronderstelling van gelijkheid tussen de contractpartijen een illusie bleek te zijn, liet de nood aan een correctie op het beginsel van de wilsautonomie zich voelen.³⁷⁷ Op vandaag wordt dan ook niet langer enkel rekening gehouden met de *subjectieve* wil van partijen, maar tevens met een *objectivering* van deze wil aan de hand van bepaalde normen zoals de redelijkheid en de billijkheid.³⁷⁸ Vanuit deze invalshoek is er wel degelijk een plaats weggelegd voor de benadeling in het hedendaagse verbintenissenrecht.³⁷⁹

³⁷¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, 109, n° 61.

³⁷² Zie DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 12 en 21. Voor Frankrijk: PÉROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 13.

³⁷³ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 81-82; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 16; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 342. In dezelfde zin, J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 755-756. Voor Frankrijk: GHESTIN omschrijft de benadeling als het conflict tussen *la justice commutative* en *l’utilité sociale*. (GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 764).

³⁷⁴ *Supra*, nr. 30.

³⁷⁵ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 11.

³⁷⁶ *Supra*, nr. 32.

³⁷⁷ DE PAGE, *Traité*, III, 1967, 448. Zie tevens A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 491-492.

³⁷⁸ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 43-44.

³⁷⁹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 12. Voor Frankrijk: OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 12; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, xi. DE PAGE bestempelt de sanctionering van de benadeling zelfs als *een maatschappelijke noodzaak* (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 12).

134. *Tweespalt in de benaderingswijze* – Niet enkel de maatschappelijke context is doorheen de jaren gewijzigd. Opmerkelijk is ook dat de benadeling in verschillende periodes op een andere wijze werd benaderd. De tweespalt in de benaderingswijze van de benadeling – de *objectieve* benadering *versus* de *subjectieve* benadering – is een constante die doorheen de geschiedenis van deze rechtsfiguur steeds weer op de voorgrond treedt.

Zo kan de benadeling op *objectieve* wijze worden benaderd, met name als een objectief gebrek in het contract. Benadeling wordt dan beschouwd als het louter onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Precies – en enkel – omwille van dat onevenwicht wordt de overeenkomst als gebrekkig beschouwd. Vanuit deze optiek is de benadeling vreemd aan de theorie van de wilsgebreken, en wordt deze rechtsfiguur veeleer vastgeknoopt aan het vereiste van een geldig voorwerp van de overeenkomst.³⁸⁰

De benadeling werd doorheen de geschiedenis ook vaak op *subjectieve* wijze benaderd. Vanuit deze invalshoek wordt de oorzaak van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties vaak gelegd in een gebrekkige wil van de benadeelde partij. Er wordt geoordeeld dat de benadeling veroorzaakt werd door een wilsgebrek in hoofde van de zwakke, benadeelde partij die zonder een gebrekkige wil nooit zou hebben toegestemd met het benadelende contract. Sanctionering van de benadeling wordt in deze zienswijze vooropgesteld ter bescherming van de zwakke contractpartij.

135. *Nieuwe rechtsfiguur als uitloper* – Uit deze subjectieve zienswijze van de benadeling is in sommige landen een bijkomende rechtsfiguur ontwikkeld. Naar Belgisch recht vormt *de gekwalificeerde benadeling* de uitloper van deze subjectieve zienswijze. Daar waar de wetgever niet is tussengekomen ter bescherming van de zwakke contractpartij, kan deze laatste nog steeds het benadelende contract aankaarten mits bijkomend het bewijs te leveren van een misbruik van inferioriteit of superioriteit.³⁸¹ In Europa ontstond met deze ontwikkeling ook een scheiding tussen de landen met een benadelingsleer en de landen met een misbruikleer.³⁸² In de *benadelingsleer* dient de benadeelde partij in beginsel enkel de benadeling aan te tonen, terwijl op basis van de *misbruikleer* het bewijs van misbruik van bepaalde omstandigheden moet worden geleverd. De misbruikleer legt dan ook onmiskenbaar een zwaardere bewijslast op de benadeelde partij. De keuze tussen beide strekkingen is van rechtspolitieke aard en hangt af van wie men precies beoogt te beschermen: de *benadeelde* contractpartij of de *misbruikte* contractpartij.³⁸³

136. *Benadeling in de 21^e eeuw: vraagstelling* – De regeling van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek werd uitgewerkt in een totaal andere maatschappelijke context dan deze van vandaag. Doorheen de jaren werden door de wetgever daarenboven verscheidene nieuwe toepassingsgevallen van de benadeling in bijzondere wetgeving ingevoerd. De nood aan een regeling omtrent deze rechtsfiguur blijft bijgevolg een constante doorheen de geschiedenis. De vraag die op vandaag evenwel rijst, is te weten of de juridische oplossingen die bij de opstelling van het Burgerlijk Wetboek werden gekozen, nu nog steeds adequaat zijn, en of deze oplossingen een coherent geheel vormen met eventuele bijzondere toepassingen die doorheen de jaren door de wetgever en de rechtspraak werden ontwikkeld. Op die manier kan worden nagegaan of de rechtsfiguur van de benadeling *a priori* de

³⁸⁰ Een recent werk dat de benadeling beschouwt als een objectief gebrek in de overeenkomst, is het Franse proefschrift van de auteur CHANTEPIE: G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 571 p.

³⁸¹ *Infra*, nrs. 298 e.v.

³⁸² Ter illustratie hiervan, zie O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised*, 2000, 263 e.v.

³⁸³ ABAS, *Benadeling van de medecontractant*, 2003.

nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties al dan niet wegneemt.³⁸⁴

§2. Voorlopige begripsbepaling als werkhypothese

137. *Verscheidenheid aan definities* – Een wettelijke definitie van de benadeling is niet voorhanden. Wel hebben verschillende auteurs zich in de loop der jaren gewaagd aan een definiëring van de rechtsfiguur *benadeling*. Een vergelijking van hun definities toont aan dat verschillende klemtonen worden gelegd. Zo benadrukken sommige auteurs het nadeel dat door een partij wordt geleden in een contract³⁸⁵, terwijl andere auteurs veeleer de wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties beklemtonen.³⁸⁶ Deze verschillende benadering kan worden beschouwd als een veruitwendiging van de aarzeling in de doctrine om de benadeling als een *subjectief* dan wel als een *objectief* gebrek te kwalificeren.³⁸⁷ Sommige auteurs verwijzen in hun definitie zelfs expliciet naar een vergissing als grondslag voor de benadeling.³⁸⁸ De verwijzing naar de wanverhouding tussen de prestaties gebeurt evenmin aan de hand van een eenduidige terminologie. Zo wordt onder meer gesproken van een *wanverhouding (in waarde)*³⁸⁹, een *ongelijkheid (in waarde)*³⁹⁰, een *gebrek aan gelijkwaardigheid*³⁹¹, een *onevenwicht tussen prestaties*³⁹² en een *afwezigheid van een gelijke prestatie in waarde*³⁹³. Voorts valt op hoe sommige auteurs de benadeling beperken tot de contractuele toepassingsfeer³⁹⁴, terwijl anderen het toepassingsgebied verruimen tot alle rechtshandelingen.³⁹⁵

³⁸⁴ Zie eerste onderzoeksvraag, *supra*, nr. 11.

³⁸⁵ Zie bv. BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 447; E. CEREXHE, “Le problème de la lésion”, *Ann. Dr. Louvain* 1961, (151) 151; DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 36; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 63; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 67; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 46; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 215. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 11; BEUDANT, *Cours*, VII, 1936, 174; COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1924, 289; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, x; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 191; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 762; MALAURIE e.a., *Les obligations*, 2005, 256; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 16; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 251; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 310.

³⁸⁶ Zie bv. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 77; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 10-11; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 124; VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 266. Voor Frankrijk: DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 609; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 386.

³⁸⁷ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 5.

³⁸⁸ Zie bv. DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 67 (“le préjudice d’une appréciation erronée des choses qui sont la matière de certains contrats, ...”) en KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 46 (“het verlies dat één der partijen lijdt bij een contract onder bezwarende titel wanneer hij zich omtrent de waarde van hetgeen hij gekregen heeft vergist heeft, wanneer hij met andere woorden meer gegeven heeft dan ontvangen heeft”).

³⁸⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 77; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 63; DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 36; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 12; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 215. Voor Frankrijk: PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 16.

³⁹⁰ BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 447. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 11; BEUDANT, *Cours*, VII, 1936, 174.

³⁹¹ In het Frans recht, zie G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 4; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 191; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 762; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 386. Zie tevens in dezelfde zin: art. 1122-1 Avant-Projet de réforme.

³⁹² STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 124; VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 266. Voor Frankrijk: GHESTIN, *Traité*, 1993, 762; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 310.

³⁹³ E. CEREXHE, “Le problème de la lésion”, *Ann. Dr. Louvain* 1961, (151) 151. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, x.

³⁹⁴ Zie bv. BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 447; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 63; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 67; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 46; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 215; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 124; VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 266. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 11; BEUDANT, *Cours*, VII, 1936, 174; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, x; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 191; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 762; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 386; MALAURIE e.a., *Les obligations*, 2005, 256; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 16; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 310.

138. *Voorlopige begripsbepaling* – Teneinde in een volgend luik de verschillende toepassingsgevallen van de benadeling doorheen de geschiedenis in kaart te brengen, achten we het noodzakelijk een voorlopige begripsbepaling van de rechtsfiguur benadeling vast te leggen. Uit de talrijke definities van de rechtsfiguur benadeling in de rechtsleer, hebben we volgende omschrijving gedistilleerd. *Benadeling is het nadeel dat door een persoon wordt geleden ten gevolge van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling.*³⁹⁶ Deze begripsbepaling zal in het eerste hoofdstuk als toetssteen gehanteerd worden om na te gaan of de toepassingsgevallen van de benadeling die in de loop der jaren werden opgeworpen, ook daadwerkelijk als een toepassing van de benadeling kunnen worden beschouwd.

AFDELING II. SITUERING IN HET VERBINTENISSENRECHT

§1. Plaats in het Burgerlijk Wetboek en in de theorie van de wilsgebreken

139. *Plaats in het Burgerlijk Wetboek* – Onverminderd de verschillende (vermeende) toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek³⁹⁷, wordt artikel 1118 B.W. beschouwd als het basisartikel inzake de benadeling. Overeenkomstig artikel 1118 B.W. maakt de benadeling overeenkomsten slechts nietig wat betreft bepaalde contracten of bepaalde personen, zoals in dezelfde afdeling zal worden vastgesteld. Dit artikel is in het Burgerlijk Wetboek ondergebracht in Hoofdstuk II (*Voorwaarden die tot de geldigheid van de overeenkomsten vereist zijn*), Titel III (*Contracten of verbintenissen uit overeenkomst in het algemeen*), Boek III (*Op welke wijze eigendom verkregen wordt*). In Hoofdstuk II werd artikel 1118 B.W. ondergebracht in Afdeling 1 inzake de *toestemming*.

140. *Plaats in de theorie van de wilsgebreken* – De benadeling wordt in het Burgerlijk Wetboek ondergebracht bij de bespreking van de wilsgebreken. Dat wijst op een subjectieve benadering van de benadeling ten tijde van de opstelling van het Burgerlijk Wetboek. Desondanks werd de benadeling nooit als een volwaardig wilsgebrek beschouwd.³⁹⁸ Als een uitzonderlijk wilsgebrek maakt de benadeling overeenkomsten immers slechts nietig wat betreft *bepaalde contracten* of *bepaalde personen*.³⁹⁹ Artikel 1109 B.W. dat een overzicht geeft van de verschillende wilsgebreken, vermeldt de benadeling ook niet.⁴⁰⁰ Anders dan de echte wilsgebreken dwaling, bedrog en geweld, zou de benadeling dan ook niet verwijzen naar een omstandigheid die de wilsvorming zelf aantast, maar slechts een aanwijzing vormen van een aantasting van de wil.⁴⁰¹ Over de aanhaking van de benadeling

³⁹⁵ Zie bv. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80 (“*le préjudice qu’on éprouve dans la conclusion d’un acte juridique*”). Voor Frankrijk: COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1924, 289 (“*le préjudice qu’une personne peut éprouver quand elle accomplit un acte juridique*”) en PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 251 (“*le préjudice éprouvé par une personne comme conséquence d’un acte juridique par elle passé*”).

³⁹⁶ Deze voorlopige begripsbepaling leunt het dichtst aan bij de volgende definities die in de Belgische en Franse rechtsleer aan de rechtsfiguur benadeling werden gegeven. Voor België: “*le préjudice qu’on éprouve dans la conclusion d’un acte juridique; le préjudice résulte de la disproportion qui existe entre deux prestations*” (DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80). Voor Frankrijk: “*le préjudice subi par un contractant du fait d’un défaut d’équivalence*” (G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 5) en “*le préjudice éprouvé par une personne comme conséquence d’un acte juridique par elle passé*” (PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 251).

³⁹⁷ *Infra*, nrs. 173 e.v.

³⁹⁸ LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 560. Voor Frankrijk: BÉNABENT, *Les obligations*, 2005, 120.

³⁹⁹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 341-342.

⁴⁰⁰ DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 63. Voor Frankrijk: L. FIN-LANGER, *L’équilibre contractuel*, 2002, 77.

⁴⁰¹ Zie in die zin P. DE BEUS, *Overzicht van het burgerlijk recht. Wetgeving, rechtsleer en rechtspraak*, 1969, 636; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1508; STJNS, *Verbindenissenrecht*, 2005, 90; VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, 2006, 125. Voor Frankrijk: GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 789-790.

aan de theorie van de wilsgebreken is bij de opstelling van het Burgerlijk Wetboek geen discussie gevoerd. De grote discussie inzake de benadeling tijdens de voorbereidende werkzaamheden van het B.W. werd immers uitgesteld tot de bespreking van de vernietigingsvordering wegens benadeling bij de verkoop van een onroerend goed.⁴⁰²

141. *Plaats in de Franse Code civil* – In het Franse recht is de plaats die aan de benadeling toekomt in het verbintenissenrecht minder eenduidig. Net als in het Belgische Burgerlijk Wetboek wordt de benadeling in de *Code civil* neergelegd in dezelfde afdeling als de klassieke wilsgebreken. In de oude doctrine wordt de benadeling traditioneel dan ook besproken in het kader van de theorie van de wilsgebreken.⁴⁰³ Op deze (subjectieve) benadering van de benadeling kwam evenwel kritiek vanuit de doctrine. De hedendaagse auteurs benaderen de benadeling dan ook veeleer op objectieve wijze als een onderdeel van het geldigheidsvereiste van het voorwerp van de overeenkomst. De benadeling wordt er in het bijzonder beschouwd als een aantasting van *la valeur de l'objet*.⁴⁰⁴ In het Avant-Projet de Réforme wordt de benadeling niet langer ingedeeld bij de theorie van de wilsgebreken. De benadeling wordt als “*le défaut d'équivalence entre les prestations*” voor het eerst ondergebracht in de afdeling inzake het voorwerp.⁴⁰⁵

§2. Benadeling en soorten overeenkomsten

A. Overeenkomsten ten bezwarende titel en overeenkomsten om niet

142. *Kwalificatie* – Een overeenkomst *ten bezwarende titel* legt aan iedere contractpartij de verplichting op om iets te geven of iets te doen (artikel 1106 B.W.), terwijl bij een overeenkomst *om niet* of *uit vrijgevigheid* een contractpartij aan de andere geheel om niet een voordeel verschaft (artikel 1105 B.W.).⁴⁰⁶

143. *Benadeling bij overeenkomsten ten bezwarende titel* – De benadeling kan zich in beginsel enkel voordoen bij overeenkomsten ten bezwarende titel, aangezien er bij overeenkomsten om niet slechts een voordeel is voor één van de contractpartijen.⁴⁰⁷ Dit uitgangspunt moet echter genuanceerd worden. Hierna zal immers een onderscheid gemaakt worden tussen twee vormen van benadeling, met name extrinsieke benadeling en intrinsieke benadeling. De extrinsieke benadeling, die een toetsing met zich meebrengt tussen de hoofdprestatie van de handelende contractpartij en zijn vermogen en/of inkomsten, kan ook voorliggen bij overeenkomsten om niet. Ter illustratie kan verwezen worden naar artikel 2043*sexies*, §2 B.W. inzake de kosteloze borgtocht.⁴⁰⁸

⁴⁰² *Infra*, nr. 166.

⁴⁰³ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 161 e.v.; COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1924, 289 e.v.; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 52 e.v.; MOURLON, *Répétitions*, II, 1855, 475 e.v.

⁴⁰⁴ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 762 e.v.; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 191 e.v. Vgl. BÉNABENT, *Les obligations*, 2005, 119 e.v. In het Belgische recht koppelt ook FORIERS de idee van het evenwicht tussen de hoofdprestaties aan het geldigheidsvereiste van het voorwerp van de overeenkomst. Zie P.A. FORIERS, “L'objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, (65) 77 e.v.

⁴⁰⁵ Art. 1122-1 Avant Projet de Réforme. Meer hierover, zie *infra*, nr. 288-289.

⁴⁰⁶ DE PAGE, *Traité*, 1964, II, 428-429. Zie ook STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 25. Zie in het bijzonder P. WERY, “La bienfaisance en droit de obligations: la responsabilité des débiteurs bénévoles”, in E. DIRIX (ed.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2002, (553) 554 e.v.

⁴⁰⁷ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 215. Zie ook J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, 2002, losbl., nr. 1507; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 318; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 268.

⁴⁰⁸ *Infra*, nrs. 267 e.v.

B. Vergeldende overeenkomsten en kanscontracten

144. *Kwalificatie* – Een *vergeldende overeenkomst* is een overeenkomst waarbij elke contractpartij zich ertoe verbindt om iets te geven of te doen en waarbij de contractuele hoofdprestaties bij de contractsluiting reeds gekend zijn en door de partijen als gelijkwaardig worden beschouwd. Daartegenover staat het *kanscontract* waar het feit of de omvang van één van de hoofdprestaties onzeker is en afhangt van een kans van winst of verlies (een *alea*).⁴⁰⁹ Voorbeelden van kanscontracten zijn het spel en de weddenschap, het verzekeringscontract en de verkoop op lijfrente.⁴¹⁰ Het aleatoir karakter is essentieel voor een kanscontract, in die zin dat zonder deze kans op winst of verlies er geen geldig kanscontract bestaat.⁴¹¹

145. *Benadeling bij kanscontracten* – Bij kanscontracten rijst in het bijzonder de vraag of vernietiging wegens benadeling mogelijk is in de gevallen waarin dat door de wet wordt voorzien. In beginsel wordt aangenomen dat bij contracten die werkelijk aleatoir zijn, d.i. die berusten op een tussen partijen gewilde onzekerheid over één of beide prestaties bij de contractsluiting, geen benadeling kan worden ingeroepen (*“L’aléa chasse la lésion”*). Bij de contractsluiting aanvaarden de contractpartijen immers dat de ene hoofdprestatie mogelijks aanzienlijk groter zal uitvallen dan de andere hoofdprestatie. Derhalve moet niet toegestaan worden dat één van de contractpartijen klaagt, indien de kansen voor hem nadelig uitvallen.⁴¹²

Oordeelt de rechter evenwel op basis van de concrete omstandigheden van het geval dat de kans slechts schijn is en dat er geen echte kans op winst of verlies bestond voor (één van) de contractpartijen, dan wordt traditioneel aangenomen dat het contract alsnog vernietigbaar is wegens benadeling.⁴¹³ Bij deze beoordeling houdt de rechter o.m. rekening met de hoogte van de lijfrente, de waarde van de goederen, de levensverwachting, de waarde van de naast de prijs bedongen hoofdprestatie, de waarde van de door de verkoper voorbehouden rechten op het goed, ...⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Art. 1104 B.W. en art. 1964 B.W. Zie ook G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 112; N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 702-703; B. DUBUISSON, “Les contrats aléatoires”, *JT* 2004, (327) 328; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 26; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 74-75.

⁴¹⁰ Art. 1964 B.W. Zie ook G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 112; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 429; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 278-279; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 86; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 26.

⁴¹¹ Gent 17 december 1968, *RW* 1968-1969, 1235; G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 114; N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 713.

⁴¹² Zie bv. Brussel 18 mei 1998, *AJT* 1999-2000, 50, noot K. VAN EECKHOORN; Rb. Luik 22 januari 2001 en Luik 12 november 2002, *De Verz.* 2003, 144, noot F. DOFFAGNE. Zie B. DUBUISSON, “Les contrats aléatoires”, *JT* 2004, (327) 329; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 429; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 495-496; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 86 en 219-220; J. VAN HOUTTE, “La rescision des ventes aléatoires pour cause de lésion”, *Rev. prat. not. belge* 1935, (161) 162. Zie later ook bij G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 116; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, 2002, losbl., nr. 1507; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 26; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 124. Voor Frankrijk, zie Cass. fr. 16 mei 1900, *Pas.* 1901, IV, 14; J. DEPREZ, “La lésion dans les contrats aléatoires”, *RTDC* 1955, (1) 3.

⁴¹³ Cass. 6 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1731, *Pas.* 2002, I, 1543; Cass. 25 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1351, *Pas.* 1982, 1261; Cass. 27 juni 1907, *Pas.* 1907, I, 309. Zie ook G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 117; N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 716; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 26; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 267.

⁴¹⁴ G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 117; G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 117.

146. *Kritiek* – CARETTE verwerpt deze uitzondering en plaatst de kwalificatieproblematiek centraal. De *alea* is een essentieel bestanddeel van het kanscontract. Indien de kans op winst of verlies ontbreekt, kan er geen sprake zijn van een kanscontract. Vermeende toepassingsgevallen van benadeling bij kanscontracten zijn volgens deze auteur dan ook veeleer gevallen die resulteren in de nietigheid van de overeenkomst wegens het gebrek aan *alea*.⁴¹⁵ De theorie van de benadeling bij kanscontracten is slechts zinvol, indien ze wordt opgevat als benadeling in de kansen van de respectieve partijen. Artikel 1674 B.W. als wettelijke toepassing van de benadeling handelt daarentegen over effectieve prestaties.⁴¹⁶

C. Eenzijdige overeenkomsten en wederkerige overeenkomsten

147. *Kwalificatie* – In een *eenzijdige* overeenkomst ontstaan slechts verbintenissen ten laste van één contractpartij, terwijl in een *wederkerige* overeenkomst van bij de contractsluiting verbintenissen ontstaan voor elke contractpartij.⁴¹⁷

148. *Benadeling bij wederkerige overeenkomsten* – In beginsel zijn de wettelijke toepassingen van de benadeling voorbehouden voor wederkerige overeenkomsten. Enkel in geval van een wederkerige overeenkomst ontstaan bij de contractsluiting immers verbintenissen in hoofde van elk van de contractpartijen, waarbij het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties kan worden getoetst. Ook hier dient dit uitgangspunt te worden genuanceerd, gelet op de extrinsieke benadeling. Ter illustratie kan opnieuw verwezen worden naar artikel 2043*sexies*, §2 B.W. inzake de kosteloze borgtocht.⁴¹⁸

AFDELING III. HISTORISCHE ACHTERGROND VAN DE BENADELING

§1. Het Romeinse recht

A. Uitgangspunt: geen aandacht voor contractueel evenwicht

149. *Quod pluris sit minoris emere; quod minoris sit pluris vendere* – De notie *contractueel evenwicht* is vreemd aan de noden en opvattingen uit het Romeinse recht.⁴¹⁹ Het oude Romeinse recht was een zuiver formalistisch rechtssysteem: een formeel correct verrichte handeling bracht automatisch het eraan verbonden gevolg teweeg.⁴²⁰ De toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties was in dit rechtssysteem dan ook uitgesloten.⁴²¹ In het latere Romeinse recht groeide wel belangstelling voor de wilsovereenstemming van contractpartijen.⁴²² De ideeën die men nu zou bestempelen als *economisch liberalisme*, gingen het Romeinse recht beheersen.⁴²³ Rechtsregels hadden er tot doel het kader vast te leggen waarbinnen contractpartijen overeenstemming konden vinden. De bescherming van een contractpartij was er evenwel niet aan de orde als een

⁴¹⁵ N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 717. In gelijkaardige zin, G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1964 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 117.

⁴¹⁶ N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 719. Zie ook B. DUBUISSON, “Les contrats aléatoires”, *JT* 2004, (327) 329.

⁴¹⁷ Artikel 1102 en 1103 B.W. Zie ook DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 415 e.v.; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 23-24.

⁴¹⁸ *Infra*, nrs. 267 e.v. Zie ook CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 78.

⁴¹⁹ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 9.

⁴²⁰ L. WAELKENS, *Civium causa. Handboek Romeins recht*, 2003, 242.

⁴²¹ M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 21.

⁴²² A. BORKOWSKI en P. DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, 2005, 261; R. VERSTEGEN, *Beginnelsen van Romeins privaatrecht. 3. Verbintenissenrecht*, 1999, 100.

⁴²³ R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 258.

algemene beleidslijn.⁴²⁴ Een (rechterlijke) tussenkomst inzake prijsbepaling werd als een ongepaste aantasting van de vrijheid van partijen beschouwd.⁴²⁵ *Wat meer waard was, kon voor minder gekocht worden en wat minder waard was, kon voor meer gekocht worden.*

B. Nuanceringen

150. *Algemeen* – Deze algemene stelling dat in het Romeinse recht doorgaans geen aandacht werd besteed aan het contractueel evenwicht, dient te worden genuanceerd. De Romeinse wetgever wilde immers wel de positie van *bepaalde* contractpartijen beschermen. Vanuit dit oogpunt werden enkele rechtsregels ingevoerd die een afweging van de contractuele hoofdprestaties toelieten ter bescherming van één van de contractpartijen.

151. *Verbod op woekerrente* – Reeds in het oude Romeinse recht werd de zwakke economische positie van de ontleners beschermd.⁴²⁶ Dat gebeurde concreet door de invoering van een verbod op woekerrentes bij leningen op interest.⁴²⁷ Werde de maximaal toegelaten rentevoet overschreden, dan was de lening op interest nietig. De maximumrentevoet varieerde naargelang het tijdperk binnen het Romeinse recht.⁴²⁸

152. *Benadeling bij minderjarigen* – In het klassieke Romeinse recht werd ook de *restitutio in integrum* ter beschikking gesteld van bepaalde minderjarigen.⁴²⁹ De *pubères* – dit zijn minderjarigen van 25 jaar die de perfecte leeftijd nog niet hebben bereikt en evenmin handlichting hebben bekomen – die zichzelf benadeeld hadden door te contracteren, konden via de *restitutio in integrum* opkomen tegen de betrokken rechtshandeling en zo in hun oude toestand hersteld worden. De minderjarige diende hiertoe aan te tonen dat hij zich vergist had ten gevolge van zijn onervarenheid of lichtzinnigheid en hierdoor benadeeld was. De benadeling moest een intrinsiek economisch nadeel van een zekere betekenis betreffen.⁴³⁰ De *restitutio in integrum* kon worden ingesteld bij rechtshandelingen die de minderjarige zelf gesteld had (en mocht stellen) alsmede bij rechtshandelingen waar hij bijgestaan of vertegenwoordigd werd door een voogd.⁴³¹

153. *Verkoop van een onroerend goed* – De Codex Justinianus bevatte tot slot ook een constitutie van het jaar 285 op naam van keizer DIOCLETIANUS – hierna *Tweede Wet* genoemd – waarin een verkoper de mogelijkheid kreeg om een door hem verkocht stuk grond op gezag van de rechter terug te krijgen, indien de verkoop tegen een te lage prijs was geschied.⁴³² Een latere constitutie uit de

⁴²⁴ R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 258.

⁴²⁵ R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 255-256. Zie tevens A. BORKOWSKI en P. DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, 2005, 267; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 19; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 24; R. VERSTEGEN, *Beginselen van Romeins privaatrecht. 3. Verbintenissenrecht*, 1999, 107.

⁴²⁶ R. FEENSTRA en M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, 1988, 29; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 166.

⁴²⁷ R. FEENSTRA en M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, 1988, 29; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 25.

⁴²⁸ M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 21.

⁴²⁹ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 34-35; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 24-25.

⁴³⁰ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 35; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 24.

⁴³¹ ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 218.

⁴³² C.IV, 44, *de rescindenda venditionis*, 2, vrije vertaling: “Als u of uw vader een zaak van hogere waarde tegen een te lage prijs heeft verkocht, is het billijk dat u of tegen een restitutie van de koopprijs aan de kopers het verkochte perceel grond terugkrijgt door tussenkomst van een rechterlijke uitspraak, of – als de koper daaraan de voorkeur geeft – alsnog ontvangt wat er aan de juiste prijs ontbreekt. De prijs wordt geacht te laag te zijn, als niet de helft van de werkelijke waarde is betaald.” (J.E. SPRUIT en R. FEENSTRA, *Texta iuris romani*, 1987, 261, nr. 482 en R. VERSTEGEN, *Beginselen van Romeins*

Codex JUSTINIANUS gaf dezelfde *ratio legis* weer.⁴³³ Deze Tweede Wet betrof de vernietiging van een koopovereenkomst wegens benadeling⁴³⁴, door de latere Europese rechtswetenschap *laesio enormis* of *grove benadeling* genoemd.⁴³⁵ De onvolledige en onduidelijke tekst van de Tweede Wet gaf aan dat de verkoper van een onroerend goed die voor minstens de helft van de werkelijke waarde van het goed werd benadeeld, de vernietiging van de koopovereenkomst kon vorderen.⁴³⁶ De regel kon slechts ingeroepen worden bij een koop-verkoop van een onroerend goed.⁴³⁷ Het uitzonderlijke karakter van de Tweede Wet belette dat het toepassingsgebied van de regel uitgebreid kon worden naar andere (koop-) overeenkomsten.⁴³⁸ De benadeling voor meer dan de helft van de werkelijke waarde van het goed kon slechts ingeroepen worden door de verkoper en diende aanwezig te zijn op het ogenblik van de totstandkoming van de overeenkomst. Indien de voorwaarden vervuld waren, kon de verkoper een vordering tot vernietiging instellen. De koper kon de vernietiging van de koop evenwel vermijden door alsnog de juiste prijs van het goed te betalen.⁴³⁹

154. *Ratio legis* – De benadeling bij de verkoop van een onroerend goed werd in het Romeinse recht beschouwd als een objectief gebrek in het contract. Het loutere onevenwicht tussen de hoofdprestaties volstond om de koopovereenkomst te vernietigen, zonder dat onderzocht moest worden of dit onevenwicht veroorzaakt werd door een gebrekkige wil van de verkoper of door een misbruik vanwege de koper.⁴⁴⁰ Een band tussen de wilsgebreken en de benadeling werd in het Romeinse recht nog niet gelegd. Anderzijds wordt wel aangenomen dat de Tweede Wet was ingegeven door subjectieve overwegingen en derhalve slechts schijnbaar objectief is.⁴⁴¹ Traditioneel werd aangenomen dat de regel door DIOCLETIANUS werd ingevoerd om kleine landeigenaars te beschermen tegen machtige bureu.⁴⁴² De meerderheid van de auteurs is er nu ook van overtuigd dat de tekst nog door JUSTINIANUS werd aangepast.⁴⁴³ Aangenomen wordt dat de Tweede Wet tegemoet kwam aan een specifieke crisis ten

privaatrecht. 3. Verbintenissenrecht, 1999, 107). Zie tevens R. FEENSTRA en M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, 1988, 26.

⁴³³ C.IV, 44, *de rescindenda venditionis*, 8. Aangezien deze constitutie – d.i. de Achtste Wet – van het jaar 294 en dus jonger is en daarenboven nog onduidelijker geformuleerd is (OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 27), biedt een bestudering ervan in het kader van dit onderzoek geen meerwaarde. We bespreken hierna dan ook enkel de Tweede Wet.

⁴³⁴ Sommige auteurs spreken – o.i. ten onrechte – niet over vernietiging, maar wel over ontbinding. Zie R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 1990, 210; M. KASER en F.B.J. WUBBE, *Romeins privaatrecht*, 1971, 204; J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, 2001, 284.

⁴³⁵ R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, 1990, 211; J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, 2001, 284; R. VERSTEGEN, *Beginnelen van Romeins privaatrecht. 3. Verbintenissenrecht*, 1999, 107; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 259.

⁴³⁶ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 16; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 24; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 27 en 30; J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, 2001, 284. In andere zin: M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 26.

⁴³⁷ F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, 1945, 19-20; J. MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit Romain*, 1971, 234.

⁴³⁸ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 29. Desalniettemin menen een aantal auteurs dat de romeinsrechtelijke regel voor alle koopovereenkomsten, en zelfs alle overeenkomsten, gold. Zie R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 23 en 27; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 26.

⁴³⁹ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 28-29.

⁴⁴⁰ M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 26; H. DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 26.

⁴⁴¹ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 39.

⁴⁴² A. BORKOWSKI en P. DU PLESSIS, *Textbook on Roman Law*, 2005, 267. Zie tevens M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 24.

⁴⁴³ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 16-23; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 12-13; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 25; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, 1945, 19-20; M. KASER en F.B.J. WUBBE, *Romeins privaatrecht*, 1971, 204; J. MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit Romain*, 1971, 233; R. MONIER, *Manuel de droit Romain. Les obligations*, 1954, 139-140; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 34; J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, 2001, 284; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 260-261.

gevolge van JUSTINIANUS' belastingpolitiek. Door deze belastingpolitiek zagen de kleine boeren zich genoodzaakt hun grond te verkopen. Hierbij hadden ze geen onderhandelingsmarge tegenover de stedelijke kapitalisten die in onroerend goed wilden investeren. De boeren werden er vaak toe gedwongen hun grond te verkopen voor een prijs die ver beneden de werkelijke waarde lag. In dat kader zou JUSTINIANUS een remedie ter beschikking hebben gesteld ter bescherming van de benadeelde verkopers.⁴⁴⁴

155. *Benadeling in andere contracten?* – In het naklassieke recht werden steeds meer verzoeken gericht tot de keizer tot vernietiging van een contract wegens een onevenwicht tussen de wederzijds bedongen hoofdprestaties.⁴⁴⁵ Deze verzoeken betroffen ook andere overeenkomsten dan koopovereenkomsten, zoals vennootschapscontracten en dadingen.⁴⁴⁶ Reeds in het Romeinse recht werd ook de leonijnse vennootschap die alle winst aan één van de vennoten toekende, als ongeldig beschouwd.⁴⁴⁷

§2. De Middeleeuwen en de Nieuwe Tijd

A. Benadeling in de Middeleeuwen

156. *Herontdekking Codex Justinianus* – Na de val van het West-Romeinse rijk kwam de Tweede Wet in de vergeethoek terecht. Tot in de hoge (of volle) Middeleeuwen beschikte men immers enkel over de oudere teksten van het Romeinse recht.⁴⁴⁸ Pas met de herontdekking van de Codex Justinianus in de 11^e eeuw en de bloei van de School van Bologna kwam de Tweede Wet opnieuw in de belangstelling. De receptie van de Tweede Wet tijdens de Middeleeuwen kan vanuit drie verschillende invalshoeken worden bestudeerd.⁴⁴⁹

157. *De Glossatoren* – De Glossatoren hebben de Tweede Wet extensief geïnterpreteerd.⁴⁵⁰ Alle arbitraire beperkingen uit het Romeinse recht werden verworpen.⁴⁵¹ De Tweede Wet werd uitgebreid naar tal van andere overeenkomsten, zoals de huur- en de ruilovereenkomst, de dading en de schenking.⁴⁵² De benadeling werd er tevens uitgebreid ten voordele van de koper.⁴⁵³ Volgens DEKKERS zagen veel Middeleeuwse juristen in de benadeling een aanwijzing van een (onaanvaardbare) aantasting van de vrije toestemming.⁴⁵⁴ De benadeling werd in het bijzonder subjectief benaderd vanuit

⁴⁴⁴ J.E. SPRUIT, *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, 2001, 284; R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 260-261.

⁴⁴⁵ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 38.

⁴⁴⁶ ARNTZ, *Cours*, I, 1860, 800-80; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 32-33; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 609; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 73; J. MACQUERON, *Histoire des obligations. Le droit Romain*, 1971, 234; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 38.

⁴⁴⁷ P.A. FORIERS, "Portage et clause léonine (observations sur le champ d'application de l'article 1855 du code civil)", in X. (ed.), *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, (149) 150-151; S. GNEDASI, *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 15 e.v. Zie tevens R. VERSTEGEN, "Het leeuwendeel", in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber amicorum J.M. Broekman*, 1996, 445-453.

⁴⁴⁸ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 27.

⁴⁴⁹ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 42-43.

⁴⁵⁰ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 48; R. FEENSTRA en M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, 1988, 27.

⁴⁵¹ R. ZIMMERMAN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, 262.

⁴⁵² R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 49 en 53; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 43-44.

⁴⁵³ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 53; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 30.

⁴⁵⁴ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 44.

de *dolus re ipsa*.⁴⁵⁵ Hiermee werd niet zozeer bedoeld op de bedrieglijke handelingen vanwege de medecontractant van de benadeelde. De *dolus re ipsa* lag veeleer vervat in het onbillijke contract zelf. De achterliggende overtuiging bestond er immers in dat een contractpartij die zich beroept op een onbillijk contract, als het ware daardoor alleen al bedrog pleegt.⁴⁵⁶

158. *De Canonisten* – Met de Canonisten kende de theorie van de benadeling werkelijk een gouden tijd.⁴⁵⁷ De benadeling werd er als een objectief gebrek in het contract – bestaande uit een onevenwicht tussen de prijs en de reële waarde van de zaak – beschouwd.⁴⁵⁸ Er werd een algemeen leerstuk ontwikkeld waarin een overeenkomst als ongeldig werd beschouwd, wanneer de prijs niet rechtvaardig was (geen *iustum pretium*), omdat één van de partijen bovenmatig benadeeld werd (*laesio enormis*). Deze leer van de rechtvaardige prijs is weliswaar direct gebaseerd op een interpretatie van de bovenvermelde passage uit de Codex Justinianus, maar de ontwikkeling ervan in de Middeleeuwen hangt nauw samen met een andere inspiratiebron, met name de filosofisch-theologische traditie van het natuurrecht, die teruggaat op THOMAS VAN AQUINO en die op zijn beurt sterk geïnspireerd was door het denken van de Griekse filosoof ARISTOTELES.⁴⁵⁹

159. *Verdelende en vergeldende rechtvaardigheid* – In het vijfde boek van zijn *Ethica Nicomachea* maakte ARISTOTELES een onderscheid tussen algemene en specifieke rechtvaardigheid (of gerechtigheid). De algemene rechtvaardigheid betreft het respecteren van de wet: wie de wet schendt, handelt onrechtvaardig. De specifieke rechtvaardigheid valt uiteen in twee types, met name de verdelende rechtvaardigheid (*justice distributive*) en de corrigerende (of vergeldende) rechtvaardigheid (*justice commutative*). De *verdelende rechtvaardigheid* betreft de verdeling volgens eenieders verdienste.⁴⁶⁰ Is iemand bijvoorbeeld twee keer zo verdienstelijk geweest als een ander, dan heeft hij recht op twee keer zoveel als die ander.⁴⁶¹ De *corrigerende rechtvaardigheid* manifesteert zich in het contractenrecht (vrijwillige transacties) en in het recht inzake de onrechtmatige daad (onvrijwillige transacties). Het betreft telkens een correctie van ongerechtvaardigde vermogensverschuivingen. Deze vorm van rechtvaardigheid beschouwt personen als gelijken en tracht situaties waar een vrijwillige of onvrijwillige transactie tot een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving heeft geleid, te corrigeren. Hierbij wordt uitgegaan van een rekenkundige verhouding: de corrigerende rechtvaardigheid moet ervoor zorgen dat alle betrokkenen weer evenveel hebben als voor de transactie.⁴⁶²

De leer van de rechtvaardige prijs vormt een toepassing van de filosofie van de *justice commutative* van THOMAS VAN AQUINO.⁴⁶³ In deze theorie werd de rekenkundige gelijkheid van ARISTOTELES veralgemeend door aan te nemen dat de juiste prijs voorhanden is, wanneer een perfecte

⁴⁵⁵ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 42.

⁴⁵⁶ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 45; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 29-30.

⁴⁵⁷ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 30.

⁴⁵⁸ VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 6.

⁴⁵⁹ M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 60-64. Zie ook G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 331; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 73; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 18 e.v.; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 9; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 45-46.

⁴⁶⁰ In een arrest van 31 mei 1995 stelde het Hof van Cassatie dat er naar Belgisch recht geen algemeen rechtsbeginsel van *verdelende gerechtigheid* bestaat (Cass. 31 mei 1995, *Pas.* 1995, I, 567). Zie ook WERY, *Droit des obligations*, 2010, 42; P. WERY, "Principes généraux du droit et droit des obligations contractuelles", in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Delnoy*, 2005, (587) 590.

⁴⁶¹ Evenwel bestonden volgens ARISTOTELES verschillende opvattingen over wat *verdienstelijk* inhoudt. Zie M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 64.

⁴⁶² ARISTOTELES, *Ethica Nicomachea*, V, vertaling door C. PANNIER en J. VERHAEGHE, 1999, 150 e.v. Zie tevens de bespreking bij M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 60-64.

⁴⁶³ BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, 1999, 173-174; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 9.

gelijkheid tussen twee prestaties bestaat, rekening houdend met het geheel van de contractuele omstandigheden.⁴⁶⁴ Volgens deze theorie bestaat voor elk concreet geval *een juiste prijs*.⁴⁶⁵ De theorie werd toegepast op alle contracten. Wel werd enkel de grove benadeling gesanctioneerd, en niet de eenvoudige benadeling.⁴⁶⁶

160. *De gewoonten* – De gewoonten verschilden dan weer sterk van elkaar op het vlak van het toepassingsgebied en de toepassingsvoorwaarden van de benadeling. Sommige gewoonten breidden de maatregel van de Tweede Wet sterk uit, terwijl andere gewoonten de regel verwierpen. Tussenin lagen veel schakeringen.⁴⁶⁷

B. Benadeling in de Nieuwe Tijd

161. *Benadeling in de Nieuwe Tijd* – De periode tussen de Middeleeuwen en de Franse revolutie werd gekenmerkt door de verscheidenheid aan opvattingen omtrent de benadeling. Zowat iedere rechtsgeleerde had zijn eigen visie omtrent de grondslag en het toepassingsgebied van de *laesio enormis*.⁴⁶⁸ Dat het toepassingsgebied van de Tweede Wet een inkrimping onderging, staat evenwel buiten kijf. De tanende macht van de Kerk sinds de 16^e eeuw en de ontwikkeling van de handel veroorzaakten deze inkrimping.⁴⁶⁹ De benadeling werd beschouwd als een aantasting van de rechtszekerheid en werd derhalve opnieuw beperkt tot enkele uitzonderingsgevallen.

Na de Middeleeuwen gingen steeds meer rechtsgeleerden de grondslag voor de benadeling linken aan de wilsgebreken. De benadeling werd er subjectief geanalyseerd en beschouwd als een gebrek in de toestemming.⁴⁷⁰ De meerderheid van de Franse auteurs volgde in dit verband de theorie van CUJAS, die aannam dat de Tweede Wet tegemoet komt aan de verkoper die zich in een noodtoestand bevindt.⁴⁷¹

§3. Aanloop naar de Code civil

162. *De inbreng van POTHIER* – Voor POTHIER is de billijkheid één van de belangrijkste principes van het contractenrecht.⁴⁷² Zijn ideeën hieromtrent waren evenwel niet steeds vernieuwend en hingen sterk vast aan het Middeleeuwse denken van de Canonisten.⁴⁷³ Zo beschouwde hij de benadeling als een objectief gebrek in het contract. Het contract was in zijn overtuiging onbillijk, indien de hoofdstaties niet gelijkwaardig waren.⁴⁷⁴ Zijn ideeën bleken echter niet steeds even consistent te

⁴⁶⁴ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 9-10; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 47.

⁴⁶⁵ R. FEENSTRA en M. AHSMANN, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractvrijheid in historisch perspectief*, 1988, 27.

⁴⁶⁶ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 10.

⁴⁶⁷ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 91-92.

⁴⁶⁸ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 102 en 130.

⁴⁶⁹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 31; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 53.

⁴⁷⁰ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 124; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 54.

⁴⁷¹ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 123-124.

⁴⁷² L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 13. Zie tevens citaat van POTHIER, aangehaald door DE BERSAQUES: "L'équité doit régner dans les conventions. (...) L'équité en fait de commerce, consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux; parce qu'il pêche contre l'équité qui y doit régner" (POTHIER, *Traité des obligations*, n° 33, aangehaald door A. DE BERSAQUES, "L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 487 en door P.A. FORIERS, "L'objet", in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, (65) 78).

⁴⁷³ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 147-148; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 32; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 61-63.

⁴⁷⁴ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 150; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 61-62.

zijn. Zo stoelde hij de benadeling immers ook op de leer van de wilsgebreken, wanneer hij stelde dat de toestemming in geval van benadeling gebrekkig is wegens dwaling in hoofde van de benadeelde partij.⁴⁷⁵ Hij lijkt deze oplossing aan te nemen zonder zich ervan te vergewissen dat het zijn theorie radicaal tegenspreekt.⁴⁷⁶

163. *Het revolutionaire recht* – In de Nieuwe Tijd werd door het natuurrecht reeds het beginsel van de gelijkheid geponeerd. Tijdens de revolutionaire periode werd hier het dogma van de vrijheid aan toegevoegd.⁴⁷⁷ Alles wat de individuele vrijheid leek te ondermijnen, werd afgeschaft. In deze context moet ook de afschaffing van de vernietigingsvordering wegens grove benadeling bij wet van 14 Fructidor jaar III (31 augustus 1795) worden gesitueerd.⁴⁷⁸ De vorderingen die reeds vóór de inwerkingtreding van de wet waren ingesteld, werden opgeschort.⁴⁷⁹ De afschaffing van de *laesio enormis* kaderde in de opmars van het liberale gedachtegoed in die periode. Tevens werd de Franse economie in die tijd gekenmerkt door monetaire instabiliteit waardoor een beoordeling van de vernietigingsvorderingen zeer moeilijk bleek te zijn.⁴⁸⁰ Twee jaar later – bij wet van 3 Germinal jaar V (23 maart 1797) – werd de voorlopige opschorting van alle vernietigingsvorderingen wegens benadeling opgeheven.⁴⁸¹ De benadelingsregel zelf werd echter niet opnieuw ingevoerd.⁴⁸²

§4. Codificatie

164. *Algemeen* – De wilsautonomie vormt onmiskenbaar het uitgangspunt van de *Code civil*.⁴⁸³ Reeds bij de opstelling van de *Code civil* waren echter ook al beperkingen op dit basisbeginsel opgenomen. Zo moesten partijen bij hun contractuele afspraken de openbare orde en de goede zeden respecteren.⁴⁸⁴ Daarnaast werden ook een aantal beperkingen opgelegd aan op de vrijheid om een medecontractant te kiezen.⁴⁸⁵ Overeenkomsten waar de oorzaak ongeoorloofd is of waar het voorwerp buiten de handel is, werden als nietig beschouwd. Daarnaast werd ook hulp geboden aan onbekwamen en aan personen wiens vrije wilsvorming door omstandigheden was aangetast.⁴⁸⁶

165. *Benadeling als beperking op de wilsautonomie?* – Bij de aanvang van de parlementaire besprekingen rees de vraag of in het wetboek een bepaling inzake de benadeling moest worden

⁴⁷⁵ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 151; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 67; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 32; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 62.

⁴⁷⁶ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 32. OSSIPOW meent daarentegen dat POTHIER ten onrechte van tegenstrijdigheden beschuldigd wordt, aangezien hij enkel de twee belangrijkste hypothesen inzake de grondslag aangeeft. Zelf zou hij de benadeling echter vastknopen aan de objectieve grondslag, en niet aan de wilsgebreken (OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 62).

⁴⁷⁷ “Si l’on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu’il se réduit à deux objets principaux, la liberté et l’égalité” (J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Boek II, Hfdst. XI, aangehaald door OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 63).

⁴⁷⁸ ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 444; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 154; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 610; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 64; MERLIN, *Répertoire*, XVIII, 1827, 114; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 64.

⁴⁷⁹ ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 444; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 610.

⁴⁸⁰ DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 64; FENET, *Recueil*, XIII, 1827, 46; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 64.

⁴⁸¹ ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 445; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 64; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 64.

⁴⁸² ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 445.

⁴⁸³ *Supra*, nr. 30.

⁴⁸⁴ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2739; MAZEAUD, *Leçons*, II, 1956, 93; G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1927, 52; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 100-101.

⁴⁸⁵ MAZEAUD, *Leçons*, II, 1956, 94.

⁴⁸⁶ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2739; G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1927, 52; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 23.

ingelast.⁴⁸⁷ Meer dan ooit werd duidelijk dat de benadeling de strijd in zich draagt tussen de wilsautonomie, enerzijds, en de billijkheid en solidariteit, anderzijds.⁴⁸⁸ Overeenkomstig de logica van de *Code civil* had de vernietiging wegens benadeling tussen meerderjarigen verworpen moeten worden. Zolang de toestemming niet aangetast was door een wilsgebrek, moest de wil van de contractpartijen immers gerespecteerd worden.⁴⁸⁹ De traditie heeft het bij de opstelling evenwel deels gehaald op de logica en bijgevolg werden in de *Code civil* regels opgenomen inzake benadeling.⁴⁹⁰

166. *Voorbereidende werkzaamheden* – In het eerste voorstel tot codificatie werd de benadeling als vernietigingsgrond voor contracten expliciet uitgesloten. In de volgende ontwerpen sloop het beginsel van de benadeling alsnog het wetboek binnen. Onmiddellijk werd aan de benadeling een uitzonderingsstatuut toegekend. Er werd een hoofdonderscheid gemaakt tussen *minderjarigen* – waar de eenvoudige benadeling de vernietiging van ieder contract met zich kon meebrengen, en *meerderjarigen* – waar benadeling enkel bij de verkoop van een onroerend goed en bij de verdeling tot de vernietiging kon leiden.⁴⁹¹ Uiteindelijk werd dit alles vrij snel aanvaard door de *Conseil d'Etat*, zonder dat men evenwel de benadeling bij de verkoop en de verdeling reeds had onderzocht en men er dus de precieze draagwijdte van kende.⁴⁹²

De discussie over de precieze draagwijdte van de benadeling werd door de opstellers voor zich uit geschoven tot bij de bespreking van de benadeling bij de koop van een onroerend goed in de artikelen 1674 e.v. *Code civil*.⁴⁹³ BERLIER nam het voortouw van de tegenstanders van de benadeling, terwijl PORTALIS zich opwierp als een hevige voorstander.⁴⁹⁴ De tegenstanders van de benadeling hebben uiteindelijk de benadeling als vernietigingsgrond bij de koop van een onroerend goed aanvaard nadat ze de voorwaarden hiertoe sterk verzaamd hadden, dit onder meer door de benadelingsgrens tot 7/12^e te brengen en door de verjaringstermijn te verkorten.⁴⁹⁵

AFDELING IV. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BENADELING IN HET BURGERLIJK WETBOEK

167. *Inleidend* – In deze afdeling wordt het toepassingsgebied van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek besproken. Mogelijke toepassingsgevallen die aanvankelijk in het Burgerlijk Wetboek waren opgenomen doch naderhand geschrapt werden (bv. het verbod op een leonijs beding, dat aanvankelijk in (oud) artikel 1855 B.W. was neergelegd), worden ook in deze afdeling besproken. Andere mogelijke toepassingsgevallen die pas later in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen (bv. artikel 1907ter B.W.), worden pas onder de volgende afdeling (de benadeling in latere bijzondere wetgeving) besproken.

⁴⁸⁷ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 154.

⁴⁸⁸ DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 612-613; DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 73-74. *Supra*, nr. 133-134.

⁴⁸⁹ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 154.

⁴⁹⁰ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 155.

⁴⁹¹ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 101-102.

⁴⁹² FENET, *Recueil*, XIII, 1827, 48-49.

⁴⁹³ ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 445; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 155-156; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 64; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 33. Zie ook A. ALLARD, "De la rescision de la vente pour cause de lésion", *BJ* 1865, 146 e.v.; LAURENT, *Principes*, XXIV, 411-417.

⁴⁹⁴ Voor een bespreking van de argumenten van de voor- en tegenstanders, zie ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 445-446; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 610-612; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 34-36; FENET, *Recueil*, XIV, 1827, 45 e.v.; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 412 e.v.; P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926, 13 e.v.; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 101 e.v.

⁴⁹⁵ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 158-159. *Infra*, nrs. 184 e.v.

§1. Geen algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten

168. *Verwerping als algemene grondslag tot vernietiging* – Overeenkomstig artikel 1118 B.W. maakt benadeling overeenkomsten slechts nietig wat betreft *bepaalde contracten* of *bepaalde personen*. Die idee wordt deels hernomen in artikel 1313 B.W., waar wordt aangegeven dat meerderjarigen uit hoofde van benadeling niet in hun recht hersteld worden dan in de gevallen en onder de voorwaarden die uitdrukkelijk bepaald worden in het Burgerlijk Wetboek.⁴⁹⁶ Tot slot blijkt ook uit artikel 1109 B.W. dat de benadeling geen algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten is.⁴⁹⁷

169. *Expliciete verwerping als vernietigingsgrondslag bij ruil en dading* – De uitsluiting van de benadeling als vernietigingsgrond werd bij twee contracten nog eens expliciet vooropgesteld in het Burgerlijk Wetboek. Zo bepaalt artikel 1706 B.W. dat “*vernietiging uit hoofde van benadeling [...] geen toepassing [vindt] op het ruilcontract*”.⁴⁹⁸ Verder bepaalt artikel 2052, lid 2 B.W. inzake de dading als volgt: “*Men kan er niet tegen opkomen uit hoofde van dwaling omtrent het recht of uit hoofde van benadeling*”.⁴⁹⁹

170. *Verwerping dwaling over de prijs* – Vanuit deze invalshoek wordt ook de dwaling over de waarde van de zaak of over de prijs van de zaak in beginsel als nietigheidsgrondslag verworpen.⁵⁰⁰ Het algemeen aanvaarden van de dwaling over de waarde of de prijs van een zaak als grondslag voor de vernietiging van de overeenkomst, zou immers inhouden dat iedere overeenkomst wegens benadeling zou kunnen worden vernietigd.⁵⁰¹

171. *Aanvaarding als bijzondere grondslag tot vernietiging* – Ook al wordt benadeling in ons recht niet aanvaard als een algemene nietigheidsgrond van overeenkomsten, toch brengt deze rechtsfiguur in bepaalde gevallen de nietigheid van de overeenkomst met zich mee.⁵⁰² Artikel 1118 B.W. geeft reeds aan dat de benadeling de geldigheid van een overeenkomst aantast in *bepaalde contracten* of bij *bepaalde personen*.

De *bepaalde personen* waar artikel 1118 B.W. naar verwijst, is onbetwistbaar de categorie van de minderjarigen.⁵⁰³ Wat de *bepaalde contracten* betreft, wordt stevast verwezen naar de koop-verkoop van een onroerend goed (artikel 1674 B.W.) en naar de verdeling van een nalatenschap (artikel 887 B.W.).⁵⁰⁴ Sommige auteurs zien ook in andere bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek een

⁴⁹⁶ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 33.

⁴⁹⁷ *Supra*, nr. 140.

⁴⁹⁸ Zie tevens DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1048-1049. Voor Frankrijk, zie tevens G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 306 e.v.

⁴⁹⁹ Zie tevens DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1048-1049. Voor Frankrijk, zie tevens G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 302 e.v.

⁵⁰⁰ Aangaande de waarde van de zaak, zie o.m. Bergen 27 november 2000, *RRD* 2001, 259; Antwerpen 27 april 1993, *RW* 1994-95, 1194; Antwerpen 10 september 1990, *TRV* 1992, 93, noot P. VAN HOOCHTEN. Inzake dwaling over de prijs, zie o.m. Bergen 4 mei 1982, *Pas*. 1982, II, 71. Indien de dwaling over de prijs evenwel de uitdrukking vormt van de dwaling over een doorslaggevende hoedanigheid van de zaak (bv. de dwaling over het bebouwbaar karakter van een aangekocht perceel grond), dan wordt de dwaling wel in aanmerking genomen. Zie DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 53; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 81, voetnoot 27; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 119.

⁵⁰¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 50; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 81, voetnoot 27. Zie eerder ook bij KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 35.

⁵⁰² BELTIJNS, *Encyclopédie*, III, 1905, 447; DE PAGE, *Traité*, II, 1962, 82; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 66; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 215. Voor Frankrijk: MOURLON, *Répétitions*, II, 1855, 475.

⁵⁰³ DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 65; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 47; H. MAZEAUD, “Considérations sur la lésion”, *JT* 1946, (265) 266. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 182; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 193; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 767; MARCADE, *Explication*, IV, 1859, 357; MOURLON, *Répétitions*, II, 1855, 475.

⁵⁰⁴ BELTIJNS, *Encyclopédie*, III, 1905, 448; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 78-79; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 5; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 65-66; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 559; J. ROODHOOFT (ed.),

toepassing van de benadeling als nietigheidsgrond. Een vordering tot vernietiging wegens benadeling zou volgens deze auteurs krachtens het Burgerlijk Wetboek ook toekomen aan de meerderjarige in geval van (i) aanvaarding van een nalatenschap (artikel 783 B.W.) en (ii) buitensporige bedragen bij spel en weddenschap (artikel 1966, lid 2 B.W.). Andere auteurs, waaronder DE PAGE, beschouwen sommige van deze bepalingen evenwel slechts als schijnbare toepassingen van de benadeling.⁵⁰⁵

172. *Verantwoording van de keuze van de wetgever* – Ter staving van de verwerping van de benadeling als algemene vernietigingsgrondslag worden verscheidene argumenten aangehaald in de doctrine. Zo zou de benadeling niet als een volwaardig wilsgebrek kunnen worden beschouwd, omdat het allerminst vast staat dat de benadeelde partij het contract niet zou hebben gesloten indien hij op de hoogte was van de benadeling bij de contractsluiting.⁵⁰⁶ Ook zouden (de meeste) overeenkomsten een bepaalde winst nastreven.⁵⁰⁷ De waarde van een zaak zou evenmin met zekerheid kunnen worden vastgesteld, aangezien zij afhankelijk is van verscheidene factoren zoals tijd, plaats, behoeften en smaak van de contractpartijen, ...⁵⁰⁸ Het was echter vooral de nood aan rechtszekerheid die de aanvaarding van de benadeling als algemene vernietigingsgrondslag voor overeenkomsten in de weg stond.⁵⁰⁹

Ook al waren de opstellers van het Burgerlijk Wetboek het erover eens dat de wetgever zich in een vrije markteconomie niet moet bekommeren om minimale vormen van benadeling, toch was er ook het besef dat de wetgever dient tussen te komen indien de benadeling een te aanzienlijke vorm aanneemt. Vandaar dat de wetgever in bepaalde gevallen de benadeling als nietigheidsgrond in aanmerking heeft genomen.⁵¹⁰

§2. Toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek

A. Benadeling bij minderjarigen (artikel 1305 B.W.)

1. Inleiding

173. *Handelingsonbekwaamheid als uitgangspunt* – Overeenkomstig artikel 1118 B.W. maakt benadeling overeenkomsten nietig voor bepaalde personen, waarmee bedoeld wordt op de categorie van de minderjarigen. De minderjarige is naar Belgisch recht handelingsonbekwaam: hij is in principe titularis van alle rechten en plichten, maar kan ze niet zelf en zelfstandig uitoefenen.⁵¹¹ Verricht de minderjarige zelf en zelfstandig een rechtshandeling terwijl hij hiertoe niet over de vereiste handelingsbekwaamheid beschikt, dan wordt deze rechtshandeling met de nietigheid gesanctioneerd. Het betreft een relatieve nietigheid die enkel kan worden ingeroepen door de minderjarige zelf (nadat

Bestendig handboek Verbintenissenrecht, 2002, losbl., nr. 1509; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 75; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 268. Voor Frankrijk: BENABENT, *Les obligations*, 2005, 120-121; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 101; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 193; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 766; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 390-391; V. V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 119; MARCADE, *Explication*, IV, 1859, 357; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 254-255; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 344; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 314.

⁵⁰⁵ *Infra*, nr. 229 en 244.

⁵⁰⁶ LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 559.

⁵⁰⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 164.

⁵⁰⁸ LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 559-560. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 163-164; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 178-179; CAPITANT, *Introduction*, 1927, 304.

⁵⁰⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, I, 1906, 164; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 179;

⁵¹⁰ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 80-81.

⁵¹¹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 143.

hij meerderjarig is geworden) of namens de minderjarige, niet door de medecontractant van de minderjarige.⁵¹² Verder verschilt de nietigheidssanctie naargelang de toestand van de minderjarige (onderscheidingsvermogen, ontvoogd of niet ontvoogd) en naargelang de gestelde rechtshandeling.⁵¹³

2. Vernietiging in geval van benadeling

174. *Principe* – Krachtens artikel 1305 B.W. beschikt de minderjarige in bepaalde gevallen over een vernietigingsvordering wegens benadeling. Voor de *niet-ontvoogde* minderjarige levert eenvoudige benadeling een vernietigingsgrond op voor alle soorten van overeenkomsten, terwijl dit voor de *ontvoogde* minderjarige enkel het geval is wat betreft de overeenkomsten die de grenzen van zijn bekwaamheid te buiten gaan.⁵¹⁴ De oorsprong van deze bepaling is terug te vinden in de romeinsrechtelijke *restitutio in integrum*.⁵¹⁵

175. *Situering* – De vernietiging wegens benadeling vormt een merkwaardige uitzondering op de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen.⁵¹⁶ Rechtshandelingen verricht door een minderjarige zonder de vereiste bijstand of vertegenwoordiging, zijn in beginsel van rechtswege nietig.⁵¹⁷ Bij toepassing van artikel 1305 B.W. is de rechtshandeling slechts vernietigbaar indien de minderjarige bewijst dat hij door die rechtshandeling benadeeld wordt.⁵¹⁸ Deze afwijking wordt verantwoord doordat minderjarigheid slechts aanleiding geeft tot een *beschermingsonbekwaamheid*. Ondervindt de minderjarige geen nadeel van de verrichte rechtshandeling, dan hoeft de rechtshandeling niet vernietigd te worden.⁵¹⁹ De maatregel is erop gericht de minderjarige een bepaalde autonomie te geven, zonder zijn vermogen in gevaar te brengen.⁵²⁰ Bij de opstelling van het Burgerlijk Wetboek werd, in geval van benadeling van de minderjarige, vermoed dat de medecontractant misbruik heeft gemaakt van de leeftijd van de minderjarige.⁵²¹

176. *Toepassingsgebied* – Het toepassingsgebied van artikel 1305 B.W. is beperkt tot minderjarigen die over *onderscheidingsvermogen* beschikken. Rechtshandelingen verricht door een minderjarige zonder onderscheidingsvermogen, worden door de rechter nietig verklaard zonder na te

⁵¹² Art. 1125, lid 2 B.W. Zie tevens J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, nr. 721; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 225; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 224.

⁵¹³ W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 56; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 220; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 224.

⁵¹⁴ Art. 1305 B.W.

⁵¹⁵ *Supra*, nr. 152. Zie ook D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 231-232.

⁵¹⁶ DE PAGE beschouwt de vernietiging wegens benadeling bij minderjarigen als “*l’exception la plus remarquable au principe de l’incapacité des mineurs*” (DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 91).

⁵¹⁷ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 717-718.

⁵¹⁸ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 33; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 9, voetnoot 1; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 717.

⁵¹⁹ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 91.

⁵²⁰ Zie de *Franse* auteur G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 60.

⁵²¹ D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 231. Evenwel is het tegemoet komen aan de deficiënte wilsvorming niet de wezenlijke finaliteit van de minderjarigheid. De bepaling is in eerste instantie gericht op de bescherming van de onervarenheid. Daaruit leidt de wetgever een vermoeden af van de onvolwaardigheid van de wil van de niet-ontvoogde minderjarige. Zie A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, 2005, 24.

gaan of de minderjarige al dan niet benadeeld werd.⁵²² De vernietigingsvordering wegens benadeling kan ook enkel worden ingesteld, indien door de minderjarige een rechtshandeling wordt gesteld waartoe hij *niet de nodige handelingsbekwaamheid* heeft. Stelt de minderjarige zelf en zelfstandig een rechtshandeling waartoe hij handelingsbekwaam wordt geacht (bv. daden van bewaring of dagdagelijkse handelingen) of wordt de rechtshandeling gesteld door de minderjarige met inachtneming van de nodige vertegenwoordiging of bijstand door zijn ouders, dan vindt artikel 1305 B.W. geen toepassing.⁵²³

Het toepassingsgebied van artikel 1305 B.W. wordt verder ingeperkt naargelang de aard van de gestelde rechtshandeling en naargelang de minderjarige al dan niet is ontvoogd. Indien de *niet-ontvoogde minderjarige* een rechtshandeling stelt die zelfs diens wettelijke vertegenwoordiger(s) niet had(den) kunnen stellen zonder naleving van bepaalde pleegvormen (bv. een hypotheekering of een dading), dan is artikel 1305 B.W. niet van toepassing. De rechter zal de nietigverklaring van de rechtshandeling moeten uitspreken zonder toetsing van de benadeling.⁵²⁴ Betreft het daarentegen een rechtshandeling die de wettelijke vertegenwoordiger(s) zonder naleving van bepaalde pleegvormen hadden kunnen stellen, dan is artikel 1305 B.W. wel van toepassing. De rechtshandeling gesteld door de niet-ontvoogde minderjarige is in dat geval niet van rechtswege nietig, doch slechts vernietigbaar in geval van benadeling.⁵²⁵ Het toepassingsgebied van artikel 1305 B.W. is voor *ontvoogde minderjarigen* beperkt tot rechtshandelingen die de grenzen van zijn bekwaamheid te buiten gaan.⁵²⁶ De ontvoogde minderjarige is immers slechts gedeeltelijk handelingsonbekwaam. Rechtshandelingen die de ontvoogde minderjarige stelt binnen de grenzen van zijn handelingsbekwaamheid, zijn in beginsel geldig.⁵²⁷ Voor de overige rechtshandelingen is de ontvoogde minderjarige

⁵²² DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 89; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 37; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 43; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 717; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 224. Voor Frankrijk: G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 58.

⁵²³ BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 792; DEMOLOMBE, *Cours*, 1852, 217 en 221; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 93; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 38. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 115; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 810; MARCADÉ, *Explication*, IV, 1859, 666. Over het toepassingsgebied van deze regel bestond in het verleden echter minder duidelijkheid. Sommige auteurs meenden immers dat de minderjarige die correct vertegenwoordigd of bijgestaan werd, ook de vernietigingsvordering wegens benadeling kon instellen. Andere auteurs beperkten de vordering evenwel tot de rechtshandelingen die de minderjarige zelf in strijd met de regels inzake handelingsbekwaamheid had gesteld. Voor deze discussie, zie ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 114 e.v.; DEMOLOMBE, *Cours*, IV, 1852, 219 e.v.; MARCADÉ, *Explication*, IV, 1859, 663 e.v.

⁵²⁴ Zie art. 1311 B.W., eerste zinsnede: “Hij is niet meer ontvankelijk om op te komen tegen een verbintenis die hij tijdens zijn minderjarigheid heeft aangegaan, hetzij die verbintenis nietig was naar de vorm, ...”. Zie CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 93; D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 230-231; J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, 292; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 226; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 224-225; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 322. Zie vroeger ook bij DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 39; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 48; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 61; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 725. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 808-809; COLIN en CAPITANT, *Cours*, I, 1921, 561; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, 1952, 362, en recenter TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 314.

⁵²⁵ Cass. 15 december 1969, *Arr. Cass.* 1970, 367, *Pas.* 1970, I, 343, *De Verz.* 1971, 49, noot R.V.G.; Rb. Tongeren 18 december 1987, *TBBR* 1988, 488; Vred. Mol 26 januari 1982, *RW* 1982-83, 524, noot. Zie ook G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 773; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 93-94; W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57; J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, 292; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 226; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 225; VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 287. Zie voordien ook bij DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 92; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 48; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 70. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 808-809; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, 1952, 362, en recenter G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 59; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 116; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 314.

⁵²⁶ Art. 1305 B.W. Zie tevens DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 93.

⁵²⁷ De rechter kan de verbintenissen die de ontvoogde minderjarige met de rechtshandeling heeft aangegaan, wel matigen indien hij ze als buitensporig beoordeelt. Art. 484, lid 2 B.W. Zie D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige*

handelingsonbekwaam en wordt hij bijgestaan door een curator. Stelt de ontvoogde minderjarige zonder bijstand een rechtshandeling die zijn wettelijke vertegenwoordiger niet zonder naleving van bepaalde pleegvormen zou(den) kunnen stellen, dan is de rechtshandeling in beginsel van rechtswege nietig.⁵²⁸ Stelt de ontvoogde minderjarige daarentegen zonder bijstand een rechtshandeling die de ouder(s) of voogd zonder bepaalde pleegvormen zou(den) kunnen stellen, dan is de rechtshandeling vernietigbaar in geval van benadeling.⁵²⁹

177. *Toepassingsvoorwaarden* – Indien de (niet-) ontvoogde minderjarige de rechtshandeling die hij stelde buiten zijn handelingsbekwaamheid en die door zijn ouder(s) of voogd kon worden gesteld zonder bijzondere formaliteiten wil laten vernietigen, dient hij aan te tonen dat hij werd benadeeld. Artikel 1305 B.W. vermeldt een *eenvoudige benadeling*. De vernietigingsvordering is immers niet onderworpen aan een vereiste graad van benadeling.⁵³⁰ De rechter kan de benadeling soeverein beoordelen, al wordt wel aangenomen dat het om een benadeling van een zeker belang moet gaan.⁵³¹ De benadeling moet het gevolg zijn van de gestelde rechtshandeling. Is de benadeling enkel te wijten aan een toevallige en onvoorziene gebeurtenis, dan zal de vernietigingsvordering wegens benadeling niet slagen.⁵³²

Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering kan de rechter de benadeling vooreerst afleiden uit het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties van de partijen (*interne of intrinsieke benadeling*). Daarnaast kan de rechter de benadeling ook vaststellen, rekening houdend met het onevenwicht tussen de vermogensrechtelijke implicaties van de hoofdprestatie van de minderjarige en zijn vermogenstoestand (*externe, extrinsieke of functionele benadeling*).⁵³³ De rechter houdt bij de beoordeling van de benadeling bijgevolg niet enkel rekening met het evenwicht tussen de

bij het stellen van rechtshandelingen, 1993, 234; W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 59; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 48; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 261.

⁵²⁸ Cass. 21 september 1995, Arr. Cass. 1995, 808, Pas. 1995, I, 837, waar een ontvoogde minderjarige zelfstandig een lening was aangegaan zonder de nodige formaliteiten te respecteren.

⁵²⁹ Art. 1305 B.W. Zie BELTIJNS, *Encyclopédie*, III, 1905, 793; W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 58-59; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 93; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 47; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 48; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 70. Zie recentier ook bij J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, 292; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 260-261; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 324.

⁵³⁰ W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 82-83. Voor Frankrijk: COLIN en CAPITANT, *Cours*, I, 1921, 560.

⁵³¹ BELTIJNS, *Encyclopédie*, III, 1905, 793; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 39-40; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 719. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 115; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 117; MARCADE, *Explication*, IV, 1859, 670.

⁵³² Art. 1306 B.W.: “De minderjarige kan niet in zijn recht hersteld worden uit hoofde van benadeling, wanneer deze enkel het gevolg is van een toevallige en onvoorziene gebeurtenis.”. Zie tevens W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 226. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 115; MARCADÉ, *Explication*, IV, 1859, 670. De minderjarige kan zich evenwel niet op de vernietigingsvordering wegens benadeling beroepen, indien het nadeel niet uit de overeenkomst zelf voortvloeit, maar wel uit de contractuele fout die door de minderjarige in de uitvoering van zijn verplichtingen werd begaan (Rb. Brussel 25 maart 1988, *TBBR* 1989, 406).

⁵³³ Kh. Luik 9 mei 1938, *JL* 1938, 246. Zie tevens G. BAETEMAN e.a., “Overzicht van de rechtspraak personen- en familierecht 1981-1987”, *TPR* 1988, (415) 609; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, I, 1972, 340; D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 233; W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 92-93; J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, 292; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 226; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 719; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 225; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 323. Voor Frankrijk: G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 60-61; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 619. In andere zin, G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 774 en VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 278. Deze auteurs lijken enkel een extrinsieke benadeling in aanmerking te nemen. In dezelfde zin Rb. Aarlen 27 mei 1979, *JL* 1979-80, 133.

hoofdprestaties, maar ook met de inkomsten en de sociale situatie van de minderjarige.⁵³⁴ Zelfs indien de rechtshandeling op zichzelf evenwichtig is, dan kan de rechter deze rechtshandeling alsnog vernietigen wegens benadeling, indien de financiële toestand van de minderjarige overschreden wordt.⁵³⁵ Aan de hand van deze ruime interpretatie van artikel 1305 B.W. wordt getracht de minderjarige doeltreffend te beschermen.⁵³⁶ De minderjarige heeft, bij gebrek aan ervaring en wegens zijn onbezonnenheid of onwetendheid, behoefte heeft aan een verregaande bescherming.⁵³⁷ Uit de praktijk blijkt dat voor de rechter veelal de extrinsieke benadeling de doorslaggevende reden is om de vernietiging op basis van artikel 1305 B.W. toe te staan.⁵³⁸ Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid kan dit problemen scheppen, aangezien de vermogenstoestand van de minderjarige – de toetssteen bij de extrinsieke benadeling – voor de medecontractant doorgaans onbekend is.

178. *Procedurele aspecten en bewijslast* – De vordering tot vernietiging wegens benadeling kan enkel worden ingesteld door de ouder(s) of voogd van de minderjarige of door de minderjarige wanneer hij meerderjarig is geworden. De medecontractant van de minderjarige kan de vordering niet instellen.⁵³⁹ De vordering verjaart na tien jaar en is niet meer ontvankelijk na bevestiging van de rechtshandeling door de meerderjarig geworden minderjarige.⁵⁴⁰ Op de minderjarige rust de bewijslast van de minderjarigheid en de benadeling.⁵⁴¹

179. *Omkering van de bewijslast* – Een uitzondering hierop is neergelegd in artikel 1241 B.W.⁵⁴² De betaling gedaan aan de schuldeiser is niet geldig, indien hij onbekwaam was om de betaling te ontvangen, tenzij de schuldenaar bewijst dat de schuldeiser uit die betaling voordeel getrokken heeft. Bij wijze van uitzondering komt het hier toe aan de medecontractant van de minderjarige – d.i. diegene die betaald heeft – om te bewijzen dat de minderjarige voordeel heeft getrokken uit de betaling.⁵⁴³ Deze regeling wordt geacht te steunen op het weerlegbaar vermoeden dat het toevertrouwen van een kapitaal aan een minderjarige steeds onvoorzichtig is, gelet op het feit dat de minderjarige het kapitaal na ontvangst veelal zal verkwisten.⁵⁴⁴

180. *Gevolgen* – Wordt de rechtshandeling die gesteld werd door de minderjarige vernietigd wegens benadeling, dan treden in beginsel de algemene gevolgen van de nietigheid in werking. Partijen dienen terug te geven wat hen op basis van de rechtshandeling is toegekomen.⁵⁴⁵ Voor de

⁵³⁴ Antwerpen 24 februari 1981, *RW* 1980-81, 2815; Rb. Brussel 8 april 1988, *TBBR* 1989, 407; Vred. Ronse 14 maart 2000, *DCCR* 2000, 273, noot G. BALLON; Vred. Hoei 13 februari 1981, *JL* 1981, 239; Vred. Gosselies 28 januari 1976, *JT* 1976, 531.

⁵³⁵ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 9, voetnoot 1.

⁵³⁶ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 323.

⁵³⁷ D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 233-234.

⁵³⁸ Zie D. DELI en de verwijzingen aldaar aangehaald: D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 239-240.

⁵³⁹ BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 793; W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57.

⁵⁴⁰ Art. 1304 en 1311 B.W. Zie tevens W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57.

⁵⁴¹ Rb. Ieper 18 mei 1990, *TBBR* 1991, 403; Vred. Waver 12 januari 1939, *RGAR* 1939, 3102; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 226; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 718. Voor Frankrijk: MARCADÉ, *Explication*, IV, 1859, 670; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 111.

⁵⁴² G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 774; D. DELI, *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen*, 1993, 249; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 44; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 323.

⁵⁴³ G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 774; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 44; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 721.

⁵⁴⁴ G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 774.

⁵⁴⁵ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 732.

minderjarige is hierop evenwel in een uitzondering voorzien in artikel 1312 B.W. Hetgeen betaald is tijdens de minderjarigheid, kan van de minderjarige niet worden teruggevorderd, tenzij bewezen is dat het betaalde hem tot voordeel heeft gestrekt.⁵⁴⁶ Deze uitzondering steunt op het weerlegbaar vermoeden dat de minderjarige hetgeen hij ontvangen heeft, reeds heeft verkwist.⁵⁴⁷ Het zou zinloos zijn om de vernietigingsvordering wegens benadeling ter beschikking te stellen van de minderjarige en tegelijk te bepalen dat de betalingen die aan hem werden gedaan tijdens zijn minderjarigheid, kunnen worden teruggevorderd.⁵⁴⁸ Het risico wordt volledig gelegd bij de medecontractant.⁵⁴⁹ Kan de medecontractant echter aantonen dat de betalingen aan de minderjarige hem tot voordeel hebben gestrekt, dan herneemt het gemene recht zijn gelding in de mate dat de minderjarige zich heeft verrijkt. De bewijslast hiervan ligt bij de medecontractant.⁵⁵⁰

181. *Optie tot behoud van het contract met prijsaanpassing* – In het verleden rees de vraag of de vernietiging vermeden kan worden, wanneer de medecontractant aan de minderjarige aanbiedt om de prijs bij te passen. In deze optie tot behoud van de rechtshandeling mits prijsaanpassing wordt voorzien bij de benadeling bij verdeling (artikel 891 B.W.) en bij de verkoop van een onroerend goed (artikel 1681 B.W.).⁵⁵¹ Sommige auteurs stelden dat deze optie tot behoud van de rechtshandeling mits prijsaanpassing kenmerkend is voor de vernietigingsvordering wegens benadeling, en bijgevolg ook moet worden toegekend indien dit niet expliciet in de wet is voorzien. Deze visie is verlaten naar mate duidelijker werd dat bij toepassing van artikel 1305 B.W. niet enkel de intrinsieke benadeling gevisieerd wordt, maar ook de extrinsieke benadeling. Het is immers praktisch moeilijk om het bestaan van een extrinsieke benadeling weg te werken door de benadeling bij te passen.⁵⁵²

3. Besluit

182. *Bijzondere ratio legis* – De vernietigingsvordering wegens benadeling bij minderjarigen vormt een verzachtende afwijking van het algemene regime van de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen, die een beschermingsonbekwaamheid uitmaakt. De *ratio legis* van artikel 1305 B.W. bestaat erin dat de bescherming van de minderjarige niet nodeloos ver moet reiken. De door de minderjarige gestelde rechtshandeling dient niet vernietigd te worden, indien de minderjarige niet werd benadeeld. De rechtsfiguur van de benadeling bij minderjarigen maakt dan ook niet zozeer een instrument uit ter compensatie van een tekort aan contractvrijheid.

183. *Ruime invulling* – Het toepassingsgeval van de benadeling bij minderjarigen krijgt een ruimere invulling dan onze voorlopige begripsbepaling van de benadeling. Niet enkel het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt gevisieerd, maar ook de algemene vermogenstoestand van

⁵⁴⁶ Art. 1312 B.W. Zie G. BAETEMAN, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, 1993, 773; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, I, 1972, 340; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 225; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 225-226; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en geestesgestoorden*, 2005, 227 e.v.

⁵⁴⁷ J. GERLO, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, 2003, 292; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: familierecht*, 2006, 225.

⁵⁴⁸ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 733.

⁵⁴⁹ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 733. Zie tevens W. DELVA, *Personen- en familierecht. Vol. 3 Bekwaamheid en de onbekwamen*, 1972, 57.

⁵⁵⁰ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 735. Zie ook A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en geestesgestoorden*, 2005, 229.

⁵⁵¹ *Infra*, nr. 204-217.

⁵⁵² RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 718.

de minderjarige wordt in acht genomen, teneinde een doelmatige bescherming van het vermogen van de minderjarige te bereiken.

B. Benadeling bij verkoop van een onroerend goed (artikel 1674 e.v. B.W.)

184. *Inleiding* – Eén van de bekendste toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek is de benadeling bij de verkoop van een onroerend goed.⁵⁵³ Artikel 1674 B.W. luidt als volgt: “Indien de verkoper in de verkoopprijs van een onroerend goed voor meer dan zeven twaalfden is benadeeld, heeft hij het recht om de vernietiging van de koop te eisen, ook al had hij bij het contract uitdrukkelijk afstand gedaan van het recht om die vernietiging te vorderen, en al had hij verklaard de meerdere waarde te schenken.” De artikelen 1675 tot en met 1685 B.W. werken dit beginsel verder uit. We bespreken hierna achtereenvolgens (i) de grondslag en aard, (ii) de toepassingsvoorwaarden, (iii) de procedurele aspecten en bewijsregeling alsmede (iv) de gevolgen van de vordering.

1. Grondslag en aard

185. *Grondslag* – Als grondslag van de vernietigingsvordering wordt veelal de leer van de wilsgebreken aangehaald. De overeenkomst die de verkoper ernstig benadeelt, zou niet gesloten zijn met een volwaardige wilsovereenstemming.⁵⁵⁴ De meeste auteurs beschouwen de vordering in het bijzonder als een toepassing – vaak onder de vorm van een vermoeden – van de wilsgebreken dwaling of dwang in hoofde van de verkoper.⁵⁵⁵

186. *Dwingende aard* – Overeenkomstig artikel 1674 B.W. kan de verkoper de vordering instellen, “ook al had hij bij het contract uitdrukkelijk afstand gedaan van het recht om die vernietiging te vorderen, en al had hij verklaard de meerdere waarde te schenken”. Deze zinsnede gaf in de doctrine aanleiding tot discussie over de vraag of de vernietigingsvordering al dan niet de openbare orde raakt.⁵⁵⁶ Op vandaag is men het er terecht over eens dat de vernietigingsvordering wegens benadeling louter individuele belangen beschermt, en bijgevolg van (gewoon) dwingend recht is.⁵⁵⁷

187. *Gevolgen van de relatieve nietigheid* – Het dwingende karakter van de vernietigingsvordering impliceert dat de verkoper afstand kan doen van de vordering op het ogenblik dat de oorzaak van de

⁵⁵³ Voor de historische achtergrond van deze bepaling, zie *supra*, nrs. 153 e.v.

⁵⁵⁴ BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 289; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 349; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 433. Zie ook recenter bij A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-5; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 477-478; B. LOUVEAUX, “Vente immobilière. Lésion des sept douzièmes”, *Immobilier* 2004, (1) 2; Y. MERCHERS, *Bijzondere overeenkomsten*, 1997, 73; P. VAN DE WIELE, *La vente d'immeubles*, 2001, 47. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 180.

⁵⁵⁵ BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 287; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 476; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 348; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 375; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 47; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 433; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 223. Voor Frankrijk: JOSSEAND, *Cours*, II, 1933, 555. In een eerdere bijdrage stelt DE PAGE echter dat de wil van de verkoper van een onroerend goed niet noodzakelijk gebrekkig is, wanneer de verkoper (financieel) genoodzaakt is het goed te verkopen (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 67).

⁵⁵⁶ J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 224.

⁵⁵⁷ Cass. 11 januari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 549, *Pas.* 1980, I, 542, *Rec. gén. enr. not.* 1982, 107, noot A.C.; Brussel 30 juni 2004, *RW* 2006-2007, 1161; Rb. Gent 23 mei 1923, *Rev. prat. not. b.* 1924, 339; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-5; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 350-351; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 560. In andere zin: DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 476.

nietigheid verdwenen is.⁵⁵⁸ In het contract zelf kan de verkoper bijgevolg nog geen afstand doen van de vordering, aangezien zijn wil dan nog verondersteld wordt gebrekkig te zijn. Sommige auteurs oordelen dat de verkoper pas afstand kan doen vanaf de betaling.⁵⁵⁹ Andere auteurs menen dan weer dat de overeenkomst volledig dient te zijn uitgevoerd door middel van de levering van het goed en de betaling van de prijs.⁵⁶⁰ In geen geval kan de uitvoering van de overeenkomst door de verkoper – door levering van het goed en inontvangstname van de prijs – beschouwd worden als een stilzwijgende afstand van de vernietigingsvordering.⁵⁶¹

2. Toepassingsvoorwaarden

188. *Algemeen* – Het beroep op de vernietigingsvordering wegens benadeling neergelegd in artikel 1674 B.W., wordt door een aantal toepassingsvoorwaarden beperkt. De benadeling kan enkel worden ingeroepen ingeval van (i) een koop-verkoop (ii) van onroerende goederen (iii) door de verkoper (iv) die benadeeld is voor meer dan 7/12^e.⁵⁶²

a. Koop-verkoop

189. *Geen uitbreiding naar andere overeenkomsten* – De vernietigingsvordering wegens benadeling kan enkel ingeroepen worden in geval van een koopovereenkomst. Het toepassingsgebied dient strikt te worden geïnterpreteerd, aangezien de vernietigingsvordering een uitzondering vormt op het algemeen verbod op benadeling. De vernietigingsvordering kan dan ook niet naar analogie worden ingeroepen in geval van een ruilovereenkomst⁵⁶³, een inbreng van een onroerend goed in een vennootschap,⁵⁶⁴ een dading omtrent de prijs van een verkocht onroerend goed,⁵⁶⁵ een vermomde schenking,⁵⁶⁶ of een kosten- of onderhoudsovereenkomst.⁵⁶⁷ Artikel 1674 B.W. kan wel ingeroepen

⁵⁵⁸ P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 376; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 561.

⁵⁵⁹ LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 424; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 225. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 106; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 552.

⁵⁶⁰ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 351. Zie ook P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 376.

⁵⁶¹ BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 289; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 160.

⁵⁶² A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-4; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 228.

⁵⁶³ A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-8; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 483; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 354; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 378; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 228; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 550. Zie ook *supra*, nr. 169.

⁵⁶⁴ A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-8; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 378; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 229; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 550. Voor Frankrijk: Cass. fr. 12 juni 1945, *Rev. prat. soc.* 1954, 80, noot P.D.; Aix 9 februari 1949, *JCP* 1949, II, 5068, noot D.B.; PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 41; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 284.

⁵⁶⁵ Zie ook *supra*, nr. 169. Zie tevens Antwerpen 17 januari 2005, 2003/AR/2736, *onuitgeg.*, aangehaald door S. STIJNS, B. TILLEMANS, W. GOOSSENS, B. KOHL, K. WILLEMS en E. SWAENPOEL, “Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: koop en aanneming (1999-2006)”, *TPR* 2008, (1411) 1473.

⁵⁶⁶ Cass. 5 januari 1950, *Arr. Cass.* 1950, 267, *Pas.* 1950, I, 287; Cass. 14 juli 1834, *Pas.* 1834, I, 826; Rb. Bergen 30 april 1932, *Pas.* 1933, III, 69, *Rev. prat. not. b.* 1933, 658, noot J.B.; Rb. Brussel 16 februari 1927, *Pas.* 1927, III, 191; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 359; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 551. Voor Frankrijk: Cass. Fr. 2 februari 1970, *Bull. civ.* 1970, I, nr. 40; PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 41.

⁵⁶⁷ Dit is een overeenkomst waarbij een onroerend goed wordt overgedragen onder de verplichting van de overnemer om de overlater gedurende zijn leven te onderhouden. Zie A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-8&9; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 483; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”,

worden in geval van een verkoop van een onroerend goed in het kader van een gemengde overeenkomst, d.i. een koop- en aannemingsovereenkomst, dit op voorwaarde dat de prijs voor het onroerend goed en de prijs van de aannemingswerken duidelijk onderscheiden kunnen worden.⁵⁶⁸

190. *Uitsluiting voor verkoop op rechterlijk gezag* – Verkoopovereenkomsten die volgens de wet niet anders dan op rechterlijk gezag kunnen geschieden, kunnen niet vernietigd worden wegens benadeling.⁵⁶⁹ Dergelijke koopovereenkomsten worden immers geacht voldoende waarborgen te bieden aan de verkoper.⁵⁷⁰ De vernietiging van zo'n koop zou tevens aanzienlijke kosten met zich meebrengen.⁵⁷¹ Onder deze uitsluiting vallen vooreerst de koopovereenkomsten van onroerende goederen als gevolg van de rechtspleging van uitwinning.⁵⁷² Daarnaast vallen ook de koopovereenkomsten zoals bepaald in artikel 1186 Ger.W. onder de uitsluiting. Het betreft o.m. de verkoop van onroerende goederen die toebehoren aan minderjarigen of onbekwaamverklaarden.⁵⁷³ In deze gevallen wordt de tussenkomst van het rechterlijk gezag verplicht opgelegd. Koopovereenkomsten waarbij het gerecht facultatief of op het verzoek van de partijen tussenkomt, vallen niet onder de uitsluiting en kunnen dus vernietigd worden wegens benadeling.⁵⁷⁴

191. *Verkoop met een aleatoir karakter* – Traditioneel wordt aangenomen dat een verkoop van een onroerend goed die als kanscontract kan worden gekwalificeerd (bv. verkoop op lijfrente), niet vernietigd kan worden wegens benadeling.⁵⁷⁵ De sanctionering wegens benadeling impliceert immers dat de hoofdprestaties kunnen worden afgewogen, hetgeen bij kanscontracten onmogelijk wordt geacht. Daarenboven wordt bij een kanscontract juist een vorm van winstbejag beoogd.⁵⁷⁶ Deze stelling moet evenwel worden genuanceerd. De onaantastbaarheid van een verkoop met een aleatoir karakter wegens

in *Répertoire notarial*, 1985, 378. Een kostenovereenkomst is een kanscontract, waardoor benadeling in beginsel uitgesloten is (Gent 27 mei 1903, *Rev. prat. not.* b. 1903, 478; Gent 7 mei 1903, *Pas.* 1904, II, 56; Rb. Luik 10 mei 1972, *JL* 1972-73, 14; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 550-551).

⁵⁶⁸ Brussel 2 maart 1988, *JT* 1989, 145. Vgl. Bergen 19 september 1989, *JT* 1990, 361. Beide arresten worden aangehaald door Y. MERCHERS en M-F. DE POUVER, *La vente. Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence 1988-1995*, 1997, 45.

⁵⁶⁹ Art. 1684 B.W. Zie DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 642; P. HARMEL, "Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente", in *Répertoire notarial*, 1985, 378; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 418. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINIERE, *Traité*, XIX, 1908, 720; MOURLON, *Répétitions*, III, 1856, 242; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 119.

⁵⁷⁰ "Quand la justice intervient entre les hommes, elle écarte tout soupçon de surprise et de fraude; elle leur garantit la plus grande sécurité." (PORTALIS, aangehaald door LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 418). Zie tevens A. CHRISTIAENS, "Artikel 1683-1684 B.W.", in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., art. 1683-1684-3; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 230; MERLIN, *Répertoire*, XVIII, 1827, 114; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 218; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 552.

⁵⁷¹ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 359; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 218.

⁵⁷² Art. 1560 Ger.W. Zie A. CHRISTIAENS, "Artikel 1683-84 B.W.", in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., art. 1683-1684-4; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 230; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 552.

⁵⁷³ A. CHRISTIAENS, "Artikel 1684 B.W.", in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1684-4; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 230; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 552-553.

⁵⁷⁴ BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 287 en 294; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 359; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 418; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 230; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 218. Zie recenter ook bij A. CHRISTIAENS, "Artikel 1684 B.W.", in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1684-5; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 553. Voor Frankrijk: DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 170.

⁵⁷⁵ Cass. 20 oktober 1927, *Pas.* 1927, I, 306; Cass. 7 oktober 1926, *Pas.* 1927, I, 62; Rb. Brussel 1 april 1912, *Pas.* 1914, III, 172; A. CHRISTIAENS, "Artikel 1674 B.W.", in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-10; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 357; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 419. Voor Frankrijk: Cass. fr. 6 mei 1946, *D.* 1946, 287; Cass. fr. 27 december 1938, *Pas.* 1939, II, 100; Cass. fr. 16 mei 1900, *Pas.* 1901, IV, 14, *D.* 1900, I, 585, noot.

⁵⁷⁶ TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 556-557.

benadeling geldt slechts in geval er werkelijk een kanscontract voorligt. Wanneer het slechts een *schijnkanscontract* betreft doordat de kans van winst of verlies voor één van de partijen eigenlijk onbestaande is, wordt de verkoop wel vatbaar geacht voor vernietiging wegens benadeling.⁵⁷⁷ Aldus is vernietiging op grond van benadeling mogelijk, wanneer men op het ogenblik van de contractsluiting de waarde van de hoofdprestaties van de koper voldoende zeker kan schatten om vast te stellen dat deze waarde minder dan 5/12^e van de waarde van het verkochte goed vertegenwoordigt.⁵⁷⁸

b. Onroerende goederen

192. *Ratio legis* – Het toepassingsgebied van de vordering wegens benadeling is beperkt tot de verkoop van onroerende goederen. Dit kan verklaard worden doordat ten tijde van de codificatie veel meer belang werd gehecht aan onroerende dan aan roerende eigendom.⁵⁷⁹ Ook de moeilijke schatting van roerende goederen⁵⁸⁰ evenals de geringe waarde van roerende goederen en de roep om rechtszekerheid⁵⁸¹ speelden een rol bij deze beperking. Tot slot was de wetgever ook van oordeel dat de verkoop van roerende goederen – in tegenstelling tot onroerende goederen – bijna nooit plaats vond uit geldnood. Roerende goederen kunnen immers aan eender wie, en dus ook met veel minder prijsbeperkingen, verkocht worden dan onroerende goederen.⁵⁸²

193. *Niet-restrictieve invulling* – Het begrip *onroerend goed* wordt niet restrictief ingevuld. Ook de verkoop van onroerende zakelijke rechten valt onder het toepassingsgebied van de benadelingsregel.⁵⁸³ Onder de verkoop van een onroerend goed valt tevens de verkoop van de (voorheen) roerende goederen die door hun bestemming onroerend zijn geworden.⁵⁸⁴ Heeft de verkoop

⁵⁷⁷ Cass. 6 september 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1731, *Pas.* 2002, 1543; Cass. 25 juni 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1351, *Pas.* 1982, I, 1261; Luik 12 oktober 1948, *Pas.* 1949, II, 8; Luik 8 december 1938, *JL* 1939, 81; Rb. Antwerpen 8 maart 1963, *RW* 1965-66, 46; Rb. Hasselt 11 juli 1931, *Pas.* 1932, III, 78; Rb. Antwerpen 22 maart 1921, *Pas.* 1922, 46; Rb. Antwerpen 15 februari 1921, *Pas.* 1922, III, 31; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 487; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 357-358; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 232; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 558. Voor *Frankrijk*: Cass. fr. 22 november 1937, *Rec. gén.* 1939, 75; Cass. Fr. 27 december 1938, *D.* 1939, 82; Nancy 6 juli 1907, *Pas.* 1908, IV, 98; Rb. Toulouse 10 februari 1900, *Rev. prat. not. b.* 1900, 312; Rb. Laval 2 december 1899, *Rev. prat. not. b.* 1900, 313; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 552.

⁵⁷⁸ Brussel 10 november 2005, *Rev. not. b.* 2006, 527; Antwerpen 18 november 2003, *RW* 2006-2007, 965; Brussel 25 januari 1978, *JT* 1978, 384; Luik 17 juli 1920, *Pas.* 1922, II, 43; Rb. Brussel 9 november 1993, *RJI* 1994, 31; Rb. Gent 27 januari 1937, *Pas.* 1937, III, 162; Rb. Gent 3 juli 1907, *Pas.* 1908, III, 220. Zie evenwel de kritische analyse van N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 717 e.v. Voor *Frankrijk*: STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 346. Zie ook *supra*, nr. 145.

⁵⁷⁹ G. PIETTE, *La correction du contrat*, 2004, 46.

⁵⁸⁰ DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 161; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 415; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 555. Voor *Frankrijk*: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 447; MOURLON, *Répétitions*, III, 1856, 241; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 113; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 314-315.

⁵⁸¹ DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 161.

⁵⁸² DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 161.

⁵⁸³ Rb. Dendermonde 16 november 1935, *Pas.* 1936, III, 131; BELTIJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 288; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-9&10; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 482-483; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 354; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 162-163; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 417; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 234; MERLIN, *Répertoire*, XVIII, 1827, 116; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 555. Voor *Frankrijk*: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 104.

⁵⁸⁴ A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-9; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 483; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 380; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 556. Worden deze onroerende goederen door bestemming echter afzonderlijk verkocht, dan verliezen zij hun onroerend karakter en is tegen deze verkoop geen vernietiging wegens benadeling mogelijk (A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-9; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 556).

betrekking op zowel roerende als onroerende goederen, dan moet eerst worden nagegaan welk aandeel elk van de goederen heeft in het totaalbedrag, alvorens op het aandeel van de onroerende goederen de benadeling te berekenen.⁵⁸⁵

c. Ten voordele van de verkoper

194. *Uitsluiting van de koper* – Overeenkomstig artikel 1683 B.W. vindt vernietiging uit hoofde van benadeling niet plaats ten voordele van de koper. Ten tijde van de opstelling van het Burgerlijk Wetboek werd geoordeeld dat er bij de contractsluiting veel minder druk rust op de koper dan op de verkoper.⁵⁸⁶ De koper kan zich bijgevolg enkel beroepen op de (echte) wilsgebreken om de geldigheid van de koop aan te vechten. Dwaling omtrent de prijs in hoofde van de koper wordt echter niet in aanmerking genomen als een substantiële dwaling, dit om een omzeiling van het beperkte toepassingsgebied van de benadeling te vermijden.⁵⁸⁷

Deze beperking wordt door OSSIPOW betwist. In de veronderstelling dat benadeling gesteund wordt op de leer der wilsgebreken, zijn er volgens deze auteur goede redenen om de vordering uit te breiden naar de koper. Indien er een wilsgebrek is in hoofde van de verkoper, moet er ook een wilsgebrek mogelijk zijn in hoofde van de koper.⁵⁸⁸

d. Graad van benadeling

195. *Benadeling > 7/12^e* – De verkoop van een onroerend goed zal slechts vernietigd worden wegens benadeling, indien de verkoper voor meer dan 7/12^e benadeeld werd. Benadeling is bijgevolg slechts voorhanden indien de verkoper minder dan 5/12^e van de werkelijke prijs heeft ontvangen.⁵⁸⁹ In de rechtspraak werd soms het bijkomende bewijs gevraagd dat de wil van de verkoper gebrekkig was.⁵⁹⁰ Het Hof van Cassatie heeft deze visie evenwel verworpen en heeft benadrukt dat het bewijs van de objectieve benadeling volstaat.⁵⁹¹ Er wordt dus een vrij hoge benadelingsgraad in aanmerking

⁵⁸⁵ Brussel 2 maart 1988, *JT* 1989, 145; Luik 17 juli 1920, *Rev. prat. not. b.* 1921, 75; BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 287; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 483; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 354; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 161; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 417; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 234; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 556. Voor *Frankrijk*: Cass. fr. 8 januari 1992, *Bull. civ.* 1992, III, nr. 9; ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 447; AUBRY en RAU, *Cours*, III, 1856, 295; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 715; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 643; MARCADE, *Explication*, VI, 1859, 312; MOURLON, *Répétitions*, III, 1855, 475; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 42; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 285.

⁵⁸⁶ “On peut vendre par besoin, par nécessité. ... On ne peut avoir les mêmes craintes pour l'acquéreur: on n'est jamais forcé d'acquiescer; il est toujours présumé dans l'aisance quand on fait une acquisition.” (PORTALIS, aangehaald door LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 415). Zie tevens BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 294 (“On peut être contraint à vendre par la misère, mais la misère ne force jamais d'acheter”); DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 347; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 169; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 235. Voor *Frankrijk*: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 721; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 180; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 640-641; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 550; MARCADE, *Explication*, VI, 1859, 322-323; MOURLON, *Répétitions*, III, 1856, 241; PICOT, *Code Napoléon expliqué*, II, 1871, 321; G. PIETTE, *La correction du contrat*, 2004, 46; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 291; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315.

⁵⁸⁷ DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 475; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 346; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 235. *Supra*, nr. 170.

⁵⁸⁸ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 114. Zie in dit verband ook *infra*, nr. 206.

⁵⁸⁹ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 347.

⁵⁹⁰ Brussel 27 juli 1903, *Pas.* 1905, II, 38; Brussel 29 april 1921, *Pas.* 1922, II, 19.

⁵⁹¹ Cass. 7 oktober 1926, *Pas.* 1927, I, 62; Cass. 13 juli 1923, *Pas.* 1923, I, 441; Cass. 13 juli 1905, *Pas.* 1905, I, 305; Gent 3 december 1930, *Pas.* 1932, II, 56; Gent 18 februari 1926, *Pas.* 1926, II, 96; Brussel 5 april 1922, *Pas.* 1922, II, 65; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1674 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1674-10; B. LOUVEAUX, “Vente immobilière. Lésion des sept douzièmes”, *Immobilier* 2004, (1) 2; P. VAN DE WIELE, *La vente d'immeubles*, 2001, 47. Voor *Frankrijk*: Cass. fr. 21 maart 1933, *D.* 1933, 235; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 46; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 291.

genomen. De opstellers van het Burgerlijk Wetboek waren het erover eens dat enkel een flagrante benadeling in rekening moest worden genomen.⁵⁹²

196. *Waardebepaling van het goed* – Overeenkomstig artikel 1675 B.W. moet men het onroerend goed schatten volgens zijn staat en waarde op het ogenblik van de verkoop.⁵⁹³ Om na te gaan of er sprake is van benadeling voor meer dan 7/12^e, dient bijgevolg een vergelijking te worden gemaakt tussen de door de koper betaalde prijs en de waarde van het onroerend goed op de dag van de verkoop. De rechter mag zich voor de schatting niet plaatsen op het ogenblik van de instelling van de vordering, noch op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak.⁵⁹⁴ In geval van een koop- of verkoopbelofte moet de benadeling beoordeeld worden op het tijdstip van de lichting van de optie, en niet op het tijdstip waarop de belofte werd gedaan.⁵⁹⁵

De waarde van het goed die in aanmerking wordt genomen bij de berekening van benadeling, is de objectieve marktwaarde van het goed, en niet de subjectieve waarde van het goed in hoofde van de koper.⁵⁹⁶ Met *de staat van het goed* doelt de wetgever op de materiële situatie van het goed.⁵⁹⁷ Om de staat van het goed in te schatten op het ogenblik van de verkoop, dient abstractie te worden gemaakt van posterieure beschadigingen en waardeinstijgingen.⁵⁹⁸ De schattingsprijs dient vervolgens vergeleken te worden met de koopprijs, met inbegrip van de kosten die aan de koper als deel van de prijs worden opgelegd.⁵⁹⁹ Andere kosten en overdrachtskosten waarmee de koper wettelijk wordt belast, maken geen deel uit van de prijs.⁶⁰⁰

⁵⁹² DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 475.

⁵⁹³ Cass. 11 januari 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 549, *Pas.* 1980, I, 542, *Rec. gén. enr. not.* 1982, 107, noot A.C.; Rb. Brussel 13 september 1996, *RJI* 1996, 88; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1675 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1675-4; MERLIN, *Répertoire*, XVIII, 1827, 115. Voor Frankrijk: OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 115.

⁵⁹⁴ Cass. 2 juni 1949, *Pas.* 1949, I, 416; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 427; MERLIN, *Répertoire*, XVIII, 1827, 115; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 562. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 737.

⁵⁹⁵ Cass. 7 oktober 1926, *Pas.* 1927, I, 62; Cass. 13 juli 1923, *Pas.* I, 441; Brussel 30 juni 2004, *RW* 2006-2007, 1161; Brussel 30 juni 2003, *JT* 2004, 745; Brussel 30 maart 1925, *Pas.* II, 188; Brussel 30 december 1922 en 21 maart 1923, *Pas.* 1923, II, 67; Brussel 5 april 1922, *Pas.* II, 65; Brussel 29 april 1921, *Pas.* 1922, II, 19; Rb. Brussel 13 september 1996, *RJI* 1996, 88; Rb. Brugge 24 juni 1925, *Pas.* 1926, III, 60; Rb. Brussel 10 juli 1923, *Pas.* 1923, III, 145; Rb. Brussel 22 juni 1921, *Pas.* 1922, III, 27; Rb. Brussel 22 juni 1921, *Pas.* 1922, III, 27; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1675 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1675-5; B. LOUVEAUX, “Vente immobilière. Lésion des sept douzièmes”, *Immobilier* 2004, (1) 3; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 219; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 563. Voor Frankrijk: Zie artikel 1675, lid 2 Code civil, ingevoegd bij wet n° 49-1509 van 28 november 1949. Zie E. DEMONTES, “Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats”, in X. (ed.) *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1937, (171) 184; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 122.

⁵⁹⁶ Luik 4 maart 1970, *Pas.* 1970, II, 122; Brussel 30 maart 1925, *Pas.* 1925, II, 188; Brussel 30 december 1922 en 21 maart 1923, *Pas.* 1923, II, 67; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1675 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1675-5; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 494; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 427; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 245; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 568. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 737-738; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 295; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 18-19.

⁵⁹⁷ LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 427.

⁵⁹⁸ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 365; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 427; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 563.

⁵⁹⁹ Rb. Charleroi 17 januari 1935, *Rev. prat. not. b.* 1935, 579, of voor Frankrijk: Lyon 13 mei 1953, *D.* 1953, 468.

⁶⁰⁰ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 365; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 570.

3. Procedurele aspecten en bewijsregeling

197. *Procedurele aspecten* – De vordering moet worden ingesteld door de verkoper of diens erfgenamen.⁶⁰¹ Aangezien de vernietigingsvordering van vermogensrechtelijke aard is, kan de vordering overeenkomstig artikel 1166 B.W. tevens bij wijze van zijdelingse vordering worden ingesteld.⁶⁰² Wordt de koop gesloten door meerdere kopers of verkopers, dan moeten de regels omtrent de verkoop met wederinkoop worden toegepast.⁶⁰³ De vordering moet worden ingesteld tegen de medecontractant, zijnde de koper of diens erfgenamen.⁶⁰⁴ Indien het onroerend goed inmiddels door de koper werd vervreemd, doet de verkoper er goed aan om de derde-verkrijger te laten tussenkomen in de procedure tot vernietiging.⁶⁰⁵

Om de eigendom van de goederen niet te lang in onzekerheid te laten, moet de vordering overeenkomstig artikel 1676 B.W. ingesteld worden binnen een termijn van twee jaren na de contractsluiting.⁶⁰⁶ Hiertoe is vereist dat de dagvaarding betekend wordt binnen twee jaren te rekenen van de dag van de verkoop.⁶⁰⁷ Deze tweejarige termijn loopt tegen vermoedelijk afwezigen en onbekwaamverklaarden en tegen minderjarigen die in de plaats komen van een meerderjarige verkoper.⁶⁰⁸ Deze termijn vormt een uitzondering op de tienjarige verjaringstermijn vervat in artikel 1304 B.W.⁶⁰⁹ De tweejarige termijn begint te lopen vanaf de onderhandse koopovereenkomst.⁶¹⁰ Het betreft een vervaltermijn die niet vatbaar is voor stuiting of schorsing.⁶¹¹ Dit impliceert dat de verkoper

⁶⁰¹ DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 490; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 360; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 381; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 235.

⁶⁰² DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 490; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 381; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 574. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 727.

⁶⁰³ Art. 1685 B.W.: “De regels in de vorige afdeling bepaald voor de gevallen dat verscheidene personen gezamenlijk of afzonderlijk verkocht hebben, en voor het geval dat de verkoper of de koper verscheidene erfgenamen heeft achtergelaten, worden mede in acht genomen voor het instellen van de rechtsvordering tot vernietiging.” Voor een bespreking, zie A. CHRISTIAENS, “Artikel 1685 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1685-1 tot 7.

⁶⁰⁴ DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 490; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 361; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 382; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 237.

⁶⁰⁵ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 361-362; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 237; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 578.

⁶⁰⁶ DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 491; K. VAN EECKHOORN, “De vordering o.g.v. benadeling: is de kanttekening van deze vordering verplicht en kan deze vordering ingesteld worden bij verkoop tegen lijrente?”, (noot onder Brussel 18 mei 1998), *AJT* 1999-2000, (51) 52. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 447; AUBRY en RAU, *Cours*, III, 1856, 298; MARCADÉ, *Explication*, VI, 1859, 315; MOURLON, *Répétitions*, III, 1856, 244; PICOT, *Code Napoléon expliqué*, II, 1871, 322.

⁶⁰⁷ Cass. 24 januari 1969, *Arr. Cass.* 1969, *Pas.* 1969, I, 467; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 382; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 585.

⁶⁰⁸ Art. 1676, lid 2 B.W.

⁶⁰⁹ BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 291; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1676-2; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 436; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 582. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, IXX, 1908, 731; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 292.

⁶¹⁰ TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 582. Voor Frankrijk: STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 347.

⁶¹¹ Cass. 7 juni 1951, *RW* 1951-52, 73; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1676-3; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 492; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 362; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 238; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 585-586. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 105; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 553; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 293; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 347.

op straffe van onherroepelijke onontvankelijkheid de vernietiging niet meer – zelfs niet bij wijze van exceptie – kan inroepen eens de termijn verstreken is.⁶¹²

198. *Koop onder modaliteit* – Wordt de koop gesloten onder een opschortende voorwaarde, dan loopt de termijn pas vanaf de dag dat de voorwaarde zich realiseert.⁶¹³ Wordt de koop gesloten onder een ontbindende voorwaarde, dan begint de tweejarige termijn onmiddellijk te lopen.⁶¹⁴ Een specifieke toepassing hiervan is neergelegd in artikel 1676, lid 3 B.W. met betrekking tot de wederinkoop.⁶¹⁵ Ingeval van een koop- of verkoopoptie begint de termijn te lopen op het ogenblik dat de optie gelicht wordt.⁶¹⁶

199. *Bewijsregeling* – De artikelen 1677 tot 1680 B.W. regelen in detail de bewijsregeling inzake de vernietigingsvordering wegens benadeling. De procedure is omslachtig en brengt hoge kosten met zich mee ten laste van de verkoper. Deze keuze werd ingegeven door de wens om het roekeloos instellen van vernietigingsvorderingen te ontmoedigen.⁶¹⁷ Twee fasen kunnen onderscheiden worden.

De rechter dient in een *eerste fase* te oordelen of hij de verkoper toelaat om via een expertise het bewijs te leveren van de benadeling. De bewijslevering van de benadeling kan slechts worden toegelaten indien de beweerdde feiten waarschijnlijk en gewichtig genoeg zijn om het bestaan van de benadeling te laten vermoeden.⁶¹⁸ De verkoper moet bijgevolg aangeven op welke feiten hij de benadeling stoelt, en indien mogelijk, bewijsmiddelen toevoegen.⁶¹⁹ De rechter zal de vordering afwijzen, indien hij de benadeling *prima facie* niet bewezen acht.⁶²⁰ De rechter beschikt over een soevereine appreciatiebevoegdheid.⁶²¹

Wordt de benadeling *prima facie* wel aannemelijk geacht, dan wordt de benadeelde toegelaten het bewijs te leveren van de benadeling.⁶²² De benadeling kan overeenkomstig artikel 1678 B.W.

⁶¹² DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 362-363; K. VAN EECKHOORN, “De vordering o.g.v. benadeling: is de kanttekening van deze vordering verplicht en kan deze vordering ingesteld worden bij verkoop tegen lijrente?”, (noot onder Brussel 18 mei 1998), *AJT* 1999-2000, (51) 52; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 587.

⁶¹³ A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1676-4; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 363; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 383; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 583-584. Voor Frankrijk: PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 47-48; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 292.

⁶¹⁴ Luik 30 oktober 1929, *JL* 1929, 313; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1676-4; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 383; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 238; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 584. Voor Frankrijk: PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 47; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, X, 1956, 292.

⁶¹⁵ Art. 1676, lid 3 B.W.: “Die termijn loopt eveneens en is niet geschorst gedurende de termijn bedongen voor het recht van wederinkoop”. Zie LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 438; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 584.

⁶¹⁶ Rb. Brussel 13 september 1966, *Rev. prat. not. b.* 1967, 257; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., art. 1676-5; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 355&363; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 384; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 238-239; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 583.

⁶¹⁷ J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 239.

⁶¹⁸ Art. 1677 B.W. Zie Brussel 30 juni 2003, *JT* 2004, 745; Bergen 22 juni 1999, *TBBR* 2000, 324; Rb. Namen 11 juni 1930, *JL* 1931, 257.

⁶¹⁹ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 367. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 447.

⁶²⁰ Luik 24 juli 1895, *Pas.* 1896, II, 63; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 430.

⁶²¹ Rb. Dinant 6 december 1894, *Rec. gén. enr. not.* 1895, nr. 12344; BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 292; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 367; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 384; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 430. Voor Frankrijk: PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 45.

⁶²² MOURLON, *Répétitions*, III, 1855, 243.

slechts bewezen worden aan de hand van een deskundigenonderzoek.⁶²³ Drie deskundigen stellen een gezamenlijk proces-verbaal op en brengen één enkel advies uit, bij meerderheid van stemmen.⁶²⁴ Indien de adviezen verschillen, geeft het proces-verbaal de reden daarvan op zonder dat wordt meegedeeld welk het advies van ieder der deskundigen is geweest.⁶²⁵ De drie deskundigen worden ambtshalve benoemd, tenzij de partijen zich omtrent de benoeming van alle drie gezamenlijk akkoord hebben verklaard.⁶²⁶ Ze moeten vaststellingen doen om uit te maken of er benadeling is van minstens 7/12^e en ook bepalen hoeveel de koper moet aanvullen op de prijs indien hij de zaak wil behouden.⁶²⁷ De rechtbank is evenwel niet verplicht om het advies van de experts te volgen.⁶²⁸

200. *Openbaarmaking* – Overeenkomstig artikel 3 hypotheekwet dient een eis tot vernietiging van de verkoop van een onroerend goed wegens benadeling ingeschreven te worden op de kant van de overgeschreven titel van verkrijging waarvan de vernietiging wordt gevorderd, dit op straffe van onontvankelijkheid. Dit voorschrift is een publiciteitsmaatregel ter bescherming van derden.⁶²⁹ Uit artikel 1676 B.W. kan enkel worden afgeleid dat het dagvaardingsexploot waarmee de eis tot vernietiging wordt ingesteld, moet betekend worden aan de koper binnen de termijn van twee jaar te rekenen vanaf de koop, doch geenszins dat de eis overeenkomstig artikel 3 hypotheekwet eveneens binnen voormelde termijn dient te worden gekantmeld.⁶³⁰ De niet-inschrijving wordt niet gesanctioneerd met een onherroepelijke onontvankelijkheid, maar wel met een dilatoire exceptie. Het volstaat dat de inschrijving gebeurt voor de sluiting der debatten, of zelfs nog in hoger beroep.⁶³¹

4. Gevolgen

201. *Principe. Keuzemogelijkheid* – Indien de vernietigingsvordering wordt toegewezen, beschikt de koper over een keuzemogelijkheid. Artikel 1681 B.W. verleent de koper de keuze tussen de nietigverklaring van de koop enerzijds en het behoud van de koop met prijsaanvulling anderzijds.⁶³²

⁶²³ Cass. 5 december 1935, *Pas.* 1936, I, 76; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 580. Zie inzake het deskundigenonderzoek, A. CLOQUET, *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, 1975, 255 p., en recenter P. TAELEMAN, “Het deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken”, in G. DE LEVAL en B. TILLEMANS (eds.), *Gerechtelijk deskundigenonderzoek. De rol van de accountant en de belastingconsulent*, 2003, 61-131.

⁶²⁴ DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 165.

⁶²⁵ Art. 1679 B.W.

⁶²⁶ Art. 1680 B.W.

⁶²⁷ A. CHRISTIAENS, “Artikel 1678-1680 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1678/1680-2; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 385.

⁶²⁸ Cass. 10 december 1993, *Pas.* 1993, I, 1051; Cass. 4 maart 1926, *Pas.* 1926, I, 275; Luik 7 januari 1846, *Pas.* 1847, II, 140; BELTJENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 292; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1678-1680 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1678/1680-4; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 367; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 165; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 433. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1863, 448; AUBRY en RAU, *Cours*, III, 1856, 296-297; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 105; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 49.

⁶²⁹ Cass. 17 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 770; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1676 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1676-5; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 572; K. VAN EECKHOORN, “De vordering o.g.v. benadeling: is de kanttekening van deze vordering verplicht en kan deze vordering ingesteld worden bij verkoop tegen lijrente?”, (noot onder Brussel 18 mei 1998), *AJT* 1999-2000, (51) 52.

⁶³⁰ Cass. 24 januari 1969, *T. Not.* 1969, 135; Brussel 18 mei 1998, *AJT* 1999-2000, 50, noot K. VAN EECKHOORN; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 572. Voor Frankrijk: Cass. fr. 18 december 1962, *D.* 1963, 146.

⁶³¹ Cass. 21 maart 1929, *Pas.* 1929, I, 140; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 572; K. VAN EECKHOORN, “De vordering o.g.v. benadeling: is de kanttekening van deze vordering verplicht en kan deze vordering ingesteld worden bij verkoop tegen lijrente?”, (noot onder Brussel 18 mei 1998), *AJT* 1999-2000, (51) 52.

⁶³² Art. 1681, lid 1 B.W.

Het keuzerecht behoort enkel toe aan de koper, niet aan de verkoper.⁶³³ De verbintenis van de koper ingevolge de vernietiging wegens benadeling is geen alternatieve, maar wel een facultatieve verbintenis.⁶³⁴ Ingevolge de vernietiging dient hij de zaak terug te geven, maar hij kan zich bevrijden door de prijs aan te vullen. Zolang de verkoper het vonnis niet uitvoert, kan de koper van deze keuze gebruik maken.⁶³⁵ DE PAGE verklaart deze mogelijkheid doordat het wilsgebrek zijn vertrekpunt vindt in de te lage prijs.⁶³⁶ LAURENT meent dat dit recht van de koper een toepassing is van een algemeen principe. De vernietigingsvordering is gebaseerd op de benadeling, zijnde een nadeel dat de eiser lijdt. Indien de verweerder dat nadeel vergoedt, dan valt de grondslag van de vordering weg en vervalt ook de vordering zelf.⁶³⁷

202. *Eerste optie: vernietiging* – De sanctie van de benadeling bestaat in beginsel uit de vernietiging van het contract.⁶³⁸ Ten gevolge van deze vernietiging dienen partijen wederzijds te restitueren wat in uitvoering van de overeenkomst werd gepresteerd.⁶³⁹ De koper dient het goed terug te geven, terwijl de verkoper de koopprijs dient te restitueren.

203. *Waardeschommelingen* – De koper staat zelf in voor de waardevermindering die het goed heeft ondergaan ten gevolge van zijn fout. Waardeverminderingen ten gevolge van overmacht zijn echter voor rekening van de verkoper. De koper is evenmin een schadevergoeding verschuldigd wegens ouderdom of slijtage of wegens het normale gebruik van het goed.⁶⁴⁰ Luxe-uitgaven die door de koper aan het goed werden aangebracht, moeten door de verkoper niet worden vergoed. Noodzakelijke uitgaven daarentegen wel. Nuttige uitgaven dienen vergoed te worden ten belope van de meerwaarde voor het gebouw.⁶⁴¹ De koper dient de vruchten van het onroerend goed slechts terug te geven vanaf de dag waarop de vernietiging van de koop werd gevorderd.⁶⁴² De verkoper dient de ontvangen prijs terug te geven en eventueel ook de geschatte waarde van de *in natura* ontvangen voordelen (bv. kost en inwonen).⁶⁴³ De verkoper moet de interesten vergoeden aan de koper, hetzij eveneens van de dag waarop die eis gedaan is, hetzij indien hij geen vruchten genoten heeft, te rekenen van de dag van de betaling.⁶⁴⁴

⁶³³ Rb. Brussel 13 september 1996, *RJI* 1996, 88; BELTIENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 293; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 368; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 166-167; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 433-434; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 248; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 588.

⁶³⁴ Gent 30 november 1871, *Pas.* 1872, II, 147; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1681-1682 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1681/1682-4; DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 368; BELTIENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 293; DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 168. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 108.

⁶³⁵ Rb. Oudenaarde 29 maart 1939, *RW* 1939-1940, 343; BELTIENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 293; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 440; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 248.

⁶³⁶ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 368.

⁶³⁷ LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 439.

⁶³⁸ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 353.

⁶³⁹ P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 388; MARCADÉ, *Explication*, VI, 1859, 319; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 118.

⁶⁴⁰ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 370; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 246; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 593.

⁶⁴¹ BELTIENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 294; A. CHRISTIAENS, “Artikel 1681-1682 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1681/1682-6; LAURENT, *Principes*, XXIV, 1878, 444; J. LIMPENS, *La vente en droit belge*, 1960, 247; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 595. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XIX, 1908, 750-751.

⁶⁴² A. CHRISTIAENS, “Artikel 1681-1682 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2000, losbl., 1681/1682-6; P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 388; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 593.

⁶⁴³ TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 594.

⁶⁴⁴ TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 594.

204. *Tweede optie: behoud van de koop mits prijsaanvulling* – De wetgever laat de koper toe de vernietiging van de koop af te weren door het verschil met de juiste prijs aan te vullen, onder aftrek van 1/10^e van de gehele prijs.⁶⁴⁵ Deze aftrek werd doorgevoerd vanuit de overweging dat een onroerend goed slechts zelden aan zijn theoretische waarde wordt verkocht en de juiste koopprijs slechts bij benadering kan worden vastgesteld.⁶⁴⁶ Het omvat tevens een stimulus voor de koper om het goed te behouden, wat in de geest van de opstellers van het Burgerlijk Wetboek omwille van de rechtszekerheid de ideale oplossing was.⁶⁴⁷ Indien de koper deze optie verkiest, is hij verplicht de interest van het aanvullende bedrag te betalen, te rekenen van de dag waarop de eis tot vernietiging werd ingesteld.⁶⁴⁸

5. Besluit

205. *Benadeling als compenserend instrument* – De vernietiging wegens benadeling bij de koop van onroerende goederen is onbetwistbaar het meest gekende en ingeroepen wettelijke toepassingsgeval van de benadeling. Uit de artikelen 1674 e.v. B.W. kan worden afgeleid dat een echte toepassing van de rechtsfiguur benadeling voorligt, weliswaar onderworpen aan een strenge bewijsregeling. Er vindt een toetsing plaats van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van de contractsluiting.

De regeling stamt uit het Romeinse recht en werd indertijd ingevoerd om de landbouwers die genoodzaakt werden om hun grond te verkopen, te beschermen tegen de stedelijke kapitalisten. Bij de codificatie waren de opstellers ervan overtuigd dat de toestemming van de verkoper die bij de verkoop van zijn onroerend goed voor meer dan 7/12^e benadeeld werd, niet volwaardig kon zijn. De *ratio legis* van de bepaling lijkt dan ook de bescherming te zijn van de (zwakke) verkoper (tegen misbruik).⁶⁴⁹ Derhalve kan deze vernietigingsvordering wegens benadeling beschouwd worden als een compenserend instrument bij een tekort aan (echte) contractvrijheid.

206. *Evaluatie* – Op vandaag lijkt de beperking van de vordering wegens benadeling tot de *verkoper* van een *onroerend* goed achterhaald te zijn. De grootste knelpunten die zich in deze tijd immers stellen, zijn de excessieve vastgoedprijzen in de onroerende sector, enerzijds, en de nood aan bescherming van de koper van een (roerend of onroerend) goed, anderzijds.⁶⁵⁰ Er wordt dan ook

⁶⁴⁵ Art. 1681 B.W.; Rb. Brussel 13 september 1996, *RJI* 1996, 88. Zie ook P. HARMEL, “Théorie générale de la vente. Droit commun de la vente”, in *Répertoire notarial*, 1985, 389.

⁶⁴⁶ DE PAGE, *Traité*, IV, 1972, 372; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 591.

⁶⁴⁷ DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 167.

⁶⁴⁸ Art. 1682, lid 1 B.W. Zie DURANTON, *Cours*, IX, 1841, 168-169. Voor *Frankrijk*: MARCADÉ, *Explication*, VI, 1859, 320; MOURLON, *Répétitions*, III, 1856, 244; PICOT, *Code Napoléon expliqué*, II, 1871, 324.

⁶⁴⁹ Zie tevens in die zin bij VAN ZEBEN die in een rechtsvergelijkende analyse de *ratio legis* van het Franse artikel 1674 *Code civil* bespreekt (VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 95-96). NIBOYET maakt echter de terechte kanttekening dat achter de bescherming van particuliere belangen ook een algemeen belang schuil gaat. Naast de bescherming van de verkoper zou de benadelingsregel ook de versterking van de onroerende sector ten gevolge van waardevermindering trachten te vermijden (M. NIBOYET, “La lésion dans les contrats”, in X. (ed.), *Travaux de l'association H. Capitant*, 1946, (199) 229).

⁶⁵⁰ Op vandaag wordt immers zeker ook de koper van een onroerend goed beschouwd als een te beschermen contractpartij. Zie bv. het voorstel van de Koninklijke Federatie van het Belgische Notariaat van 19 november 2009 tot invoering van een bedenktijd bij de aankoop van een woning: “Als een begeerd goed in het vizier komt, verliezen zelfs de meest rationele kopers al eens hun voorzichtigheid. De invoering van een aan duidelijke voorwaarden gebonden bedenktijd kan latere problemen helpen voorkomen. (...) De koper kan tijdens de bedenktijd immers nauwgezet alle aspecten die bij de aankoop komen kijken, afwegen en (laten) onderzoeken. (...)” Zie http://www.notaris.be/admin/files/assets/news/1258627096_perscommuniqué-congres-rechtszekerheid.pdf.pdf

gepleit voor de uitbreiding van de vordering ten voordele van de koper, ook bij de aankoop van roerende goederen.⁶⁵¹

C. Benadeling bij verdeling (artikel 887 e.v. B.W.)

207. *Inleiding* – Naast de verkoop van onroerende goederen achtten de opstellers van het Burgerlijk Wetboek ook de verdeling van een nalatenschap vernietigbaar wegens benadeling. Overeenkomstig artikel 887, lid 2 B.W. bestaat er grond tot vernietiging van de verdeling wanneer een mede-erfgenaam bewijst dat hij voor meer dan één vierde benadeeld is. Het enkel overslaan van een tot de nalatenschap behorend voorwerp geeft niet het recht om de vordering tot vernietiging in te stellen, doch alleen het recht om een aanvullende verdeling te bekomen.⁶⁵²

1. Grondslag en aard

208. *Grondslag* – De opname in het Burgerlijk Wetboek van een vernietigingsvordering wegens benadeling bij de verdeling werd nooit bekritiseerd.⁶⁵³ De vordering vloeit immers voort uit het gelijkheidsprincipe dat ten grondslag ligt van de verdeling.⁶⁵⁴ Of zoals verscheidene Franse auteurs het verwoordden: “*l'égalité est l'âme des partages*”.⁶⁵⁵ Bij de verdeling beogen de deelgenoten immers enkel en alleen de toekenning aan eenieder van wat hem toebehoort.⁶⁵⁶ De verdeling streeft een proportionele gelijkheid na, waarbij elke deelgenoot een kavel ontvangt gelijk aan zijn rechten in de massa.⁶⁵⁷ Wordt dergelijke proportionele gelijkheid niet bekomen door de verdeling, dan is de doelstelling van de rechtshandeling niet bereikt. Logischerwijze staat dan ook een vordering tot vernietiging ter beschikking van de benadeelde deelgenoot.⁶⁵⁸

⁶⁵¹ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, 2000, 320.

⁶⁵² Art. 887, lid 2 B.W. Voor toepassingen, zie Luik 8 september 1997, *JT* 1998, 170; Antwerpen 30 april 1991, *Pas.* 1991, II, 151; Bergen 16 december 1987, *Rev. not. b.* 1988, 292. Zie ook W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 877.

⁶⁵³ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1040. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 111; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 95.

⁶⁵⁴ Cass. 1 juni 2007, *Pas.* 2007, 1054. Zie ook DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 609 en 611; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1040; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 33; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 505; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 301. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, I, 1860, 801; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 233; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181; MARCADÉ, *Explication*, III, 1859, 297-298.

⁶⁵⁵ O.F. EL BASSOUNI, *La lésion en droit comparé*, 1943, 78; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 111; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 127; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 95; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 937; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 352.

⁶⁵⁶ DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 609; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 301. Voor Frankrijk: O.F. EL BASSOUNI, *La lésion en droit comparé*, 1943, 78; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 937.

⁶⁵⁷ C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 301.

⁶⁵⁸ De Fransen auteur LARROUMET geeft nog een bijkomende grondslag aan voor de vernietigingsvordering wegens benadeling bij de verdeling. Bij afwezigheid van (proportionele) gelijkheid tussen de deelgenoten bestaat volgens hem het vermoeden van uitbuiting van de benadeelde deelgenoot door de andere deelgenoten (LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391). De Franse auteur CHANTEPIE, die in zijn recent proefschrift over de benadeling pleit voor de invoering van een algemeen regime tot herziening van een contract ingeval van benadeling, sluit de verdeling daarentegen uit het toepassingsgebied van de benadeling. Hij oordeelt dat bij rechtshandelingen die er in essentie in bestaan goederen te verdelen tussen verschillende personen, geen toetsing kan worden doorgevoerd van de prijs, aangezien de verdeling gerealiseerd wordt volgens vooraf vastgestelde criteria (G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 278-279).

209. *Cass. 1 juni 2007*⁶⁵⁹ – In een recent arrest bevestigde het Hof van Cassatie deze grondslag van de vernietigingsvordering. Het betrof in het bijzonder een vernietigingsvordering wegens benadeling bij een ouderlijke boedelverdeling (artikel 1079 B.W.).⁶⁶⁰ Het Hof stelt deze vordering expliciet gelijk met de vordering van artikel 887 e.v. B.W. tot vernietiging van een erfrechtelijke verdeling uitgaande van een mede-erfgenaam die bewijst dat hij voor meer dan één vierde benadeeld is. Overeenkomstig het Hof is “*de grondslag van de vordering tot vernietiging wegens benadeling [is] de principiële gelijkheid van de kavels van de deelgenoten*”. Daaruit volgt dat de vernietiging van de verdeling enkel de gehele verdeling kan betreffen. *In casu* hadden partijen in een verdelingsakte van 1972 een opleg bedongen die later door de deelgenoten zou worden bepaald. De bepaling van deze opleg gebeurde bij overeenkomst in 1999. Aangezien beide akten één geheel vormen en één akte van verdeling uitmaken, kan de vernietigingsvordering wegens benadeling niet worden ingesteld tegen slechts één van die akten.

210. *Dwingende aard* – De vernietigingsvordering wegens benadeling beschermt de private belangen van de deelgenoten en is bijgevolg van dwingend recht. Dit impliceert dat een deelgenoot kan verzaken aan het recht om de vernietiging wegens benadeling in te roepen. Deze verzaking kan evenwel slechts plaatsvinden na de verdeling.⁶⁶¹

2. Toepassingsgebied

211. *Uitbreiding naar andere verdelingen* – Ook al is artikel 887 in het Burgerlijk Wetboek opgenomen onder de titel *Erfenissen*, toch bestaat er eensgezindheid dat deze vernietigingsvordering wegens benadeling niet enkel tegen een verdeling van een nalatenschap onder mede-erfgenamen kan worden ingesteld. Ook ingeval van benadeling van één van de deelgenoten bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap⁶⁶² of bij de verdeling van een vennootschap⁶⁶³ zou de vernietigingsvordering kunnen worden ingesteld.

212. *Uitsluiting verkoop van erfrecht* – De vordering wegens benadeling is niet toegelaten tegen een verkoop van erfrecht, zonder bedrog aan een mede-erfgenaam, op diens risico gedaan door zijn overige mede-erfgenamen of door één van hen.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ Cass. 1 juni 2007, *Pas.* 2007, 1054.

⁶⁶⁰ Meer hierover, zie *infra*, nrs. 219 e.v.

⁶⁶¹ Luik 2 februari 1973, *JL* 1972-73, 281; Brussel 30 juni 1965, *T. Not.* 1967, 141; Gent 24 november 1954, *RW* 1954-55, 1393; BELTJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 645; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1042; C. SLUYTS, “Artikel 887 B.W.”, in X. (ed.), “*Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*”, 1997, losbl., 43.

⁶⁶² DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1055; LAURENT, *Principes*, XXVI, 1878, 417; A. MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, III, 1883, 498; C. SLUYTS, “Artikel 887 B.W.”, in X. (ed.), “*Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*”, 1997, losbl., 45. Voor Frankrijk: Cass. fr. 2 mei 1989, *Bull. civ.* 1989, I, 118, nr. 177; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 777; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 644; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 118; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 767; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 101; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 353; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 1997, 779. Zie evenwel de nuancerings bij LASBORDES (V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 128-129).

⁶⁶³ Art. 55 W. Venn. inzake de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille vennootschap: “*De regels betreffende de verdeling van de nalatenschappen, de vorm van die verdeling en de verplichtingen die daaruit tussen de mede-erfgenamen ontstaan, zijn toepasselijk op de vereffening tussen vennoten van vennootschappen bedoeld in dit boek.*” Zie Brussel 10 januari 1902, *PP* 1902, 144, nr. 217; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1055; LAURENT, *Principes*, XXVI, 1878, 417; A. MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, III, 1883, 498; C. SLUYTS, “Artikel 887 B.W.”, in X. (ed.), “*Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*”, 1997, losbl., 45. Voor Frankrijk: Douai 15 april 1905, *Rev. not. b.* 1906, 666; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 777; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 645; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 118; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 127; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 127; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 100-101; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 1997, 779.

⁶⁶⁴ Art. 889 B.W. Zie ook A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De erfenissen*, 1942, 357-358; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 526; C. SLUYTS, “Artikel 887 B.W.”, in X. (ed.), “*Artikelsgewijze commentaar met overzicht van*

3. Toepassingsvoorwaarden

213. *Rechtshandeling die de onverdeeldheid doet ophouden* – Overeenkomstig artikel 888 B.W. is de vordering tot vernietiging toegelaten tegen elke handeling die tot doel heeft de onverdeeldheid onder de mede-erfgenamen te doen ophouden, zelfs al mocht die handeling koop, ruil, dading of anders genoemd zijn. De vernietigingsvordering kan bijgevolg ingesteld worden tegen iedere rechtshandeling die tot doel heeft een einde te stellen aan de onverdeeldheid onder mede-erfgenamen.⁶⁶⁵ Er wordt algemeen aangenomen dat de vernietigingsvordering kan worden ingesteld tegen een gerechtelijke of een minnelijke verdeling,⁶⁶⁶ tegen een overeenkomst voorafgaand aan de definitieve verdeling,⁶⁶⁷ tegen een mondelinge verdeling,⁶⁶⁸ alsmede tegen een gedeeltelijke verdeling.⁶⁶⁹ Dat de rechtshandeling die de verdeling bewerkstelligt als een koop, ruil of dading wordt gekwalificeerd, belet niet dat de vordering met succes kan worden ingesteld.⁶⁷⁰ Met deze bepaling wordt vermeden dat de vordering wegens benadeling wordt ontweken door de verdeling te kwalificeren als een koop, ruil of dading of door de verdeling schijnbaar als een ander contract te organiseren.⁶⁷¹

214. *Benadeling > 1/4^e* – Ondanks het feit dat de gelijkheid de essentie van de verdeling uitmaakt, heeft de wetgever er niet voor geopteerd om iedere benadeling – ongeacht de hoegrootheid ervan – te sanctioneren met de vernietiging.⁶⁷² De opstellers van het Burgerlijk Wetboek wilden de verdeling immers met een bepaalde rechtszekerheid omringen.⁶⁷³ Teneinde de vernietiging van de verdeling te bekomen, dient de deelgenoot te bewijzen dat hij voor meer dan één vierde benadeeld werd. De partijen kunnen evenwel afspreken dat de verdeling vatbaar is voor vernietiging in geval van een minder hoge benadelingsgraad.⁶⁷⁴

Om de benadeling te schatten moet de rechter de waarde van de kavel die werd toebedeeld aan de deelgenoot die beweert benadeeld te zijn, vergelijken met de waarde van het aandeel dat hem in een

rechtspraak en rechtsleer”, 1997, losbl., 51. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 768 e.v.; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 626-627; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 113; JOSSEERAND, *Cours*, III, 1933, 710; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 128.

⁶⁶⁵ Zie de Franse auteur STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 353.

⁶⁶⁶ BELTJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 645; DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 612; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1046; A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht. De erfenissen*, 1942, 353-354; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 507; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 219. Voor Frankrijk: AUBRY en RAU, *Cours*, V, 1857, 284; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 751-753; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 624; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 647; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 100; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 937.

⁶⁶⁷ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1047. Voor Frankrijk: JOSSEERAND, *Cours*, III, 1933, 709.

⁶⁶⁸ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1047.

⁶⁶⁹ DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 612; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1047; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 302-303. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 753-756; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 624; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 648; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 100.

⁶⁷⁰ Art. 888, lid 1, laatste zinsnede B.W. Zie Cass. 21 oktober 1943, *Pas.* 1944, I, 18, noot R.H.; Cass. 21 november 1946, *JT* 1947, 68, noot FERRIER, *RCJB* 1947, 96, noot PIRET; Zie tevens DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 615; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1044; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 510-511. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 760; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 625-626; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 112; JOSSEERAND, *Cours*, III, 1933, 709; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 124; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 939; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 353.

⁶⁷¹ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1044. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, I, 1860, 802; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 235; MARCADÉ, *Explication*, III, 1859, 299; PICOT, *Code Napoléon expliqué*, I, 1871, 517.

⁶⁷² DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1040.

⁶⁷³ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1040; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 505; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 301.

⁶⁷⁴ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1042; C. SLUYTS, “Artikel 887 B.W.”, in X. (ed.), “*Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*”, 1997, losbl., 40.

gelijke verdeling had moeten toekomen. Benadeling ten belope van meer dan één vierde zal bijgevolg voorhanden zijn, indien een deelgenoot een kavel toebedeeld kreeg met een waarde die lager ligt dan $\frac{3}{4}$ ^e van de waarde van de kavel die hij had moeten ontvangen overeenkomstig zijn rechten in de massa.⁶⁷⁵ De benadeelde moet niet het bewijs leveren dat één van de deelgenoten een kavel kreeg toebedeeld die met meer dan $\frac{1}{4}$ ^e de kavel die hij moest ontvangen, overstijgt.⁶⁷⁶ Uit het bovenstaande volgt dat de benadeling bij verdeling niet begrepen kan worden als een onevenwicht tussen de wederzijds bedongen prestaties.⁶⁷⁷ Bij de berekening van de benadeling worden de goederen op hun waarde geschat ten tijde van de verdeling.⁶⁷⁸ Het is immers op dat ogenblik dat de gelijkheid moest worden vooropgesteld.

215. *Herberekening* – Teneinde te onderzoeken of de verdeling is aangetast door benadeling, moeten alle berekeningen van de verdeling hermaakt worden. Vooreerst stelt men de reeds verdeelde massa opnieuw samen, met daarin alle actief- en passiefbestanddelen. Desgevallend wordt rekening gehouden met waarden die de erfgenamen in de plaats stelden van de originele geërfde waarden. Daaropvolgend wordt de opnieuw samengestelde massa proportioneel verdeeld over ieder deelgenoot aan deze massa. Vervolgens vergelijkt men het bekomen breukdeel met de waarde van het erfdeel van de eiser tot vernietiging wegens benadeling alsmede met de staat van de goederen op het moment van de verdeling.⁶⁷⁹ De benadeling moet berekend worden op de totaliteit van de in de verdeling betrokken boedel.⁶⁸⁰

4. Procedurele aspecten

216. *Afwezigheid van een bewijsregeling* – De vordering komt toe aan iedere deelgenoot die benadeeld werd alsmede aan diens schuldeisers bij toepassing van artikel 1166 B.W.⁶⁸¹ Het bewijs van de benadeling moet geleverd worden door de benadeelde erfgenaam.⁶⁸² Opvallend bij de vernietigingsvordering bij verdeling is de afwezigheid van wettelijke bepalingen omtrent het bewijs van de benadeling. Dergelijke bewijsregeling werd door de opstellers van het Burgerlijk Wetboek wel opgenomen bij de benadeling in geval van verkoop van een onroerend goed, dit teneinde de tegenstanders van de benadelingsvordering te overtuigen. Aangezien de vordering wegens benadeling bij de verdeling nooit het voorwerp is geweest van enige discussie bij de totstandkoming van het

⁶⁷⁵ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1041; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 302. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 279; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 623; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 111-112; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 94; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 939; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 353; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 314; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 1997, 778.

⁶⁷⁶ C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 302. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 279; BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 746-747; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 127; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 96; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 353.

⁶⁷⁷ PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 94.

⁶⁷⁸ Art. 890 B.W. Zie Cass. 12 september 2008, AR C.07.0394.N, www.cass.be; Bergen 15 september 1998, *JT* 1999, 110; BELTIJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 650; DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 611; A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht. De erfenissen*, 1942, 353; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 303. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 279; AUBRY en RAU, *Cours*, V, 1857, 285; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, II, 1888, 237; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 127; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, IV, 1956, 944; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 1997, 779.

⁶⁷⁹ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1043.

⁶⁸⁰ Antwerpen 30 april 1991, *Pas.* 1991, II, 151, noot G.L.

⁶⁸¹ BELTIJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 646; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 532.

⁶⁸² BELTIJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 650; DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 610. Voor Frankrijk: OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 124.

Burgerlijk Wetboek, werden geen strikte procedureregels opgelegd ter bewijs van de benadeling.⁶⁸³ De vordering tot vernietiging van een minnelijke verdeling⁶⁸⁴ verjaart overeenkomstig artikel 1304 B.W. na tien jaar, te rekenen vanaf de datum van de verdeling, niet vanaf het ontdekken van de benadeling.⁶⁸⁵

5. Gevolgen

217. *Principe. Keuzemogelijkheid* – Eens de toepassingsvoorwaarden van de vernietigingsvordering wegens benadeling vervuld zijn, dient de rechter de vernietiging van de verdeling uit te spreken.⁶⁸⁶ Een herverdeling dringt zich dan op.⁶⁸⁷ De vernietiging doet de verdeling retroactief teniet. De onverdeeldheid wordt geacht nooit te zijn opgehouden.⁶⁸⁸ De deelgenoten moeten teruggeven wat zij bij de verdeling ontvangen hebben. Deze verplichting tot teruggave vervalt slechts in geval van overmacht. Ook de vruchten dienen te worden teruggegeven vanaf de aangevochten verdeling.⁶⁸⁹

Hij tegen wie de vernietigingsvordering werd ingesteld, kan deze vernietiging en de daaropvolgende herverdeling vermijden door aan de eiser hetzij in geld hetzij *in natura* aan te bieden hetgeen aan diens erfdeel ontbreekt.⁶⁹⁰ Het betreft een facultatieve verbintenis in hoofde van de verweerder-deelgenoot. In dat geval vindt er geen vernietiging van de verdeling plaats, ook al is er wel een benadeling voorhanden.⁶⁹¹ Deze aanvulling kan zelfs gebeuren tot aan de uitspraak van het vonnis zolang dit geen kracht van gewijsde heeft verkregen.⁶⁹²

218. *Berekening van de aanvulling* – De vraag rijst op welk ogenblik de rechter zich moet stellen om het bedrag van de aanvulling van het erfdeel te berekenen. Aanvankelijk was de Franse rechtspraak van mening dat het bedrag bepaald werd door het verschil in waarde tussen hetgeen de benadeelde deelgenoot bij de verdeling had moeten ontvangen en hetgeen hij in werkelijkheid heeft ontvangen.⁶⁹³ Wegens kritiek van de Franse rechtsleer herzag de Franse rechtspraak haar visie en stelde dat de berekeningen moesten gebeuren met inachtnaam van de waarde van de goederen op het ogenblik van de

⁶⁸³ BELTJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 651; DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 611; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1044; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 539-540. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, III, 1905, 746-747.

⁶⁸⁴ De verdeling kan immers ook gerechtelijk, en dus niet via overeenkomst, gebeuren. In dat geval verjaart de vernietigingsvordering overeenkomstig art. 2262 B.W. pas na 30 jaar. Zie M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1996-2004)", *TPR* 2005, (449) 637.

⁶⁸⁵ Brussel 12 juni 1961, *Pas*. 1962, II, 216; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 878; M. PUELINCKX-COENE, J. VERSTRAETE, N. GEELHAND en I. VERHAERT, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1996-2004)", *TPR* 2005, (449) 637; C. SLUYTS, "Artikel 887 B.W.", in X. (ed.), "Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", 1997, losbl., 40. Voor Frankrijk: Met de Franse wet van 3 januari 1968 werd de verjaringstermijn van tien jaar uit art. 1304 *Code civil* teruggebracht tot een verjaringstermijn van vijf jaar. Zie GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 767; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 354.

⁶⁸⁶ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1042; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 506. In andere zin: C. SLUYTS, "Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling", in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 306.

⁶⁸⁷ ARNTZ, *Cours*, I, 1860, 803.

⁶⁸⁸ LAURENT, *Principes*, X, 1878, 545-546; C. SLUYTS, "Artikel 887 B.W.", in X. (ed.), "Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", 1997, losbl., 42.

⁶⁸⁹ C. SLUYTS, "Artikel 887 B.W.", in X. (ed.), "Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", 1997, losbl., 42.

⁶⁹⁰ Art. 891 B.W. Zie DEMOLOMBE, *Cours*, VIII, 1861, 624 e.v. Voor Frankrijk: OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 124; PICOT, *Code Napoléon expliqué*, I, 1871, 518.

⁶⁹¹ LAURENT, *Principes*, X, 1878, 506.

⁶⁹² C. SLUYTS, "Artikel 887 B.W.", in X. (ed.), "Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer", 1997, losbl., 59.

⁶⁹³ Algiers 15 mei 1952, *JCP* 1952, 151. Zie C. SLUYTS, "Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling", in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 307.

afkoop van de benadeling, en niet op de dag van de oorspronkelijke verdeling.⁶⁹⁴ De Belgische rechtsleer volgde daarentegen traditioneel de oude Franse rechtspraak.⁶⁹⁵ Een nieuwe strekking in de rechtsleer stelt nu als oplossing voor om het bedrag van de benadeling te indexeren en te vermeerderen met het gekapitaliseerde vruchtgebruik op het oorspronkelijk bedrag van de benadeling.⁶⁹⁶

6. Bijzondere toepassing: benadeling bij ouderlijke boedelverdeling (artikel 1079, lid 1 B.W.)

219. *Inleiding* – Overeenkomstig artikel 1079, lid 1 B.W. kan de verdeling die door de bloedverwanten in de opgaande lijn werd gemaakt, worden betwist uit hoofde van benadeling voor meer dan één vierde.⁶⁹⁷ Deze vernietigingsvordering wegens benadeling is een bijzondere toepassing van de vernietigingsvordering wegens benadeling bij een gewone verdeling van nalatenschap, neergelegd in artikel 887 B.W.⁶⁹⁸ Net als de vordering van artikel 887 B.W. betreft de nietigheid een relatieve nietigheid.⁶⁹⁹ Deze nietigheid kan uitdrukkelijk of stilzwijgend bevestigd worden, doch deze bevestiging kan pas plaatsvinden na het overlijden van de ascendent-verdeler.⁷⁰⁰

220. *Toepassingsvoorwaarden* – Is de waarde van de kavel van een deelgenoot minder dan $\frac{3}{4}$ ^e van zijn aandeel in de verdelingsboedel, dan kan de ascendentenverdeling vernietigd worden wegens benadeling.⁷⁰¹ De ascendent kan bijgevolg één van zijn erfgenamen bevoordelen, zolang dit voordeel geen benadeling van meer dan $\frac{1}{4}$ ^e inhoudt ten aanzien van één van de andere descendenten.⁷⁰² Enkel de goederen die in de verdeling worden begrepen, kunnen in acht worden genomen voor de berekening van de benadeling. Er wordt geen rekening gehouden met de totale massa van het vermogen van de ascendent.⁷⁰³

221. *Tijdstip waardebepaling* – De vraag rijst op welk tijdstip de rechter zich dient te plaatsen voor de waardebepaling van de goederen bij de berekening van de benadeling. Overeenkomstig artikel 890

⁶⁹⁴ Cass. fr. 12 maart 1963, *Rev. not. b.* 1965, 30; Cass. Fr. 9 maart 1961, *D.* 1961, 505, noot ANCEL, *JCP* 1961, II, 12.091, noot VOIRIN, *RTDC* 1961, 347, noot R. SAVATIER.

⁶⁹⁵ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1056. Zie C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 308.

⁶⁹⁶ R. DILLEMANS en J. VERSTRAETE, “Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1961-1967”, *TPR* 1968, (371) 395, nr. 32; C. SLUYTS, “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in W. PINTENS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, 1997, (271) 308-309.

⁶⁹⁷ Art. 1079, zinsnede 1 B.W. Voor Frankrijk: Bij de Franse wet van 3 juli 1971 werd de vernietigingsvordering wegens benadeling bij ouderlijke boedelverdeling afgeschaft. Art. 1975-1 *Code civil* bepaalt als volgt: “*Le partage fait par un ascendant ne peut être attaqué pour cause de lésion.*”

⁶⁹⁸ Cass. 1 juni 2007, *Pas.* 2007, 1054. Zie ook G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 299; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De schenkingen en testamenten*, 1947, 428; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 137; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 890; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 157. Voor Frankrijk: DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 646; JOSSERAND, *Cours*, III, 1933, 1067; MARCADÉ, *Explication*, IV, 1859, 188.

⁶⁹⁹ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 299.

⁷⁰⁰ Art. 1338 en 1340 B.W. Zie Gent 10 oktober 2002, *T. Not.* 2005, 426; Brussel 24 oktober 1996, *AJT* 1997-98, 177, noot F. LOGGHE; W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, 2007, 383; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 161-162. Voor Frankrijk: AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 237.

⁷⁰¹ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 301; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 137. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 606; AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 233; JOSSERAND, *Cours*, III, 1933, 1067.

⁷⁰² DE PAGE, *Traité*, VIII, 1973, 1835. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 606-607.

⁷⁰³ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 306; BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 372; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De schenkingen en testamenten*, 1947, 428; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 137-138; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 891. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 607; AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 233; COLIN en CAPITANT, *Cours*, III, 1936, 1002; JOSSERAND, *Cours*, III, 1933, 1068.

B.W. moet men voor de beoordeling van de benadeling de goederen schatten op hun waarde ten tijde van de verdeling van de nalatenschap.⁷⁰⁴ Vindt de ouderlijke boedelverdeling plaats bij testament, dan is de peildatum de dag van het overlijden van de boedelverdelers, aangezien de nalatenschap op dat ogenblik opvalt.⁷⁰⁵ Er bestaat meer betwisting wanneer de ouderlijke boedelverdeling bij schenkingsakte wordt gemaakt. Sommige rechtsleer en rechtspraak nemen aan dat pas bij de dood van de boedelverdelers de verdeling bij akte onder de levenden een wettige verdeling wordt. In deze visie wordt de sterfdag van de boedelverdelers als peildatum voor de waardebepaling van de goederen genomen.⁷⁰⁶ Andere rechtsleer en rechtspraak meent dat de ouderlijke boedelverdeling bij akte onder de levenden dadelijk en volkomen uitwerking neemt. Peildatum onder deze visie is de dag van de verrichting zelf.⁷⁰⁷

222. *Procedurele aspecten* – De vernietigingsvordering kan enkel worden ingesteld door de deelgenoot die voor meer dan één vierde werd benadeeld, alsmede door zijn schuldeisers bij toepassing van artikel 1166 B.W.⁷⁰⁸ Aangezien de vordering van artikel 1079 B.W. strekt tot vernietiging van de verdeling, moet zij tegen alle deelgenoten worden ingesteld.⁷⁰⁹ Op vandaag wordt aangenomen dat de vordering tot vernietiging van de boedelverdeling enkel kan worden ingesteld door deelgenoten die de nalatenschap van de boedelverdelers hebben aanvaard. Bijgevolg kan de vordering slechts ingesteld worden na het overlijden van de boedelverdelers, ongeacht of de verdeling bij testament of bij akte onder de levenden werd gemaakt.⁷¹⁰

Net als bij de verdeling van de nalatenschap, zijn er geen specifieke bewijsregels voor de vernietigingsvordering wegens benadeling.⁷¹¹ Artikel 1080 B.W. bepaalt wel dat elk kind dat op één van de gronden van artikel 1079 B.W. de ouderlijke boedelverdeling betwist, de kosten van de schatting moet voorschieten. Deze blijven te zijnen laste indien de vordering ongegrond is.

223. *Gevolgen* – Het gevolg van de vordering wegens benadeling is dat de ouderlijke boedelverdeling vernietigd wordt en de descendenten in onverdeeldheid worden gebracht. Ze worden

⁷⁰⁴ *Supra*, nr. 214. Zie ook W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 891.

⁷⁰⁵ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 308-309; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, 1971, 297-298; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De schenkingen en testamenten*, 1947, 428; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 891. Voor Frankrijk: JOSSEERAND, *Cours*, III, 1933, 1067.

⁷⁰⁶ Cass. 5 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 6; Brussel 24 oktober 1996, *AJT* 1997-97, 177, noot F. LOGGHE; Gent 18 december 1962, *T. Not.* 1963, 118; Brussel 3 oktober 1962, *Pas.* 1964, II, 15; Luik 6 april 1927, *Pas.* 1928, II, 20; Luik 25 januari 1924, *JL* 1924, 225; BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 374; DE PAGE, *Traité*, VIII, 1973, 1841; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. De schenkingen en testamenten*, 1947, 428; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 160; P. SEGHERS, "Ascendentenverdeling bij akte onder de levenden. Benadeling, bedragende meer dan één vierde. Tijdstip der schatting", *T. Not.* 1946, (81) 84. Zie echter op kritische wijze, W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 891. Voor Frankrijk: AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 234; JOSSEERAND, *Cours*, III, 1933, 1067.

⁷⁰⁷ Luik 2 december 1941, *Pas.* 1942, II, 64; Luik 10 juli 1928, *JL* 1928, 233; Rb. Ieper 17 februari 1932, *Pas.* 1933, III, 67; LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 157.

⁷⁰⁸ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 311-312; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 158.

⁷⁰⁹ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 314; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 890; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 158.

⁷¹⁰ Cass. 5 oktober 1944, *Pas.* 1945, I, 6; Luik 25 januari 1924, *JL* 1924, 225; Rb. Ieper 17 februari 1932, *Pas.* 1933, III, 67; G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 315; DE PAGE, *Traité*, VIII, 1973, 1795; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 159. Voor Frankrijk: AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 236.

⁷¹¹ LAURENT, *Principes*, XV, 1878, 164-165; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 160-161.

geacht onverdeeld te zijn gebleven sinds de verdelingsakte.⁷¹² Rechtspraak en rechtsleer nemen wel aan dat artikel 891 B.W., d.i. de mogelijkheid tot het beletten van een herverdeling door aanvulling van het erfdeel, eveneens van toepassing is op de vordering tot vernietiging van de ouderlijke boedelverdeling wegens benadeling.⁷¹³

7. Besluit

224. *Vergelijking met de benadeling bij verkoop van een onroerend goed* – De benadeling bij de verkoop van een onroerend goed en bij de verdeling worden beschouwd als de twee voornaamste toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek. Ook al bestaan tussen beide vorderingen een aantal gelijkenissen,⁷¹⁴ toch zijn het vooral de verschilpunten die opvallen. Zo wordt de benadeling ten voordele van de koper verworpen, terwijl bij de verdeling iedere deelgenoot zich op de vordering kan beroepen. Benadeling bij verdeling geeft aanleiding tot nietigheid ongeacht de samenstelling van de massa, terwijl het bij koop moet gaan om onroerende goederen.⁷¹⁵ De verdeling kan vernietigd worden in geval van benadeling van meer dan 1/4^e, terwijl dit bij koop pas mogelijk is bij een veel hogere benadelingsgraad.⁷¹⁶ Het bewijs van de benadeling is bij de verdeling vrij, dit in tegenstelling tot bij de koop.⁷¹⁷ De vordering kan bij verdeling worden tegengehouden indien het aanvullende bedrag wordt bijgepast. Bij de koop moet het bedrag slechts worden bijgepast, onder aftrek van 1/10^e.⁷¹⁸ Bij verdeling verjaart de vordering pas na verloop van tien jaar, en niet na twee jaar.⁷¹⁹

225. *Geen compenserend instrument* – Anders dan bij de vordering wegens benadeling bij de verkoop van een onroerend goed, is de benadelingsvordering bij verdeling niet zozeer ingegeven omwille van de bescherming van een zwakkere contractpartij. De *ratio legis* van de vordering tot vernietiging wegens benadeling bij de verdeling ligt veeleer in het *gelijkheidsprincipe* dat aan de basis ligt van de verdeling. Het is immers kenmerkend voor de verdeling dat deze plaats vindt overeenkomstig de respectievelijke aandelen van de deelgenoten in de massa. De vordering tot vernietiging wegens benadeling houdt dan ook louter een sanctionering in van de schending van de uiteindelijke doelstelling van de rechtshandeling, met name een verdeling doorvoeren overeenkomstig ieders aandeel in de onverdeeldheid.

226. *Geen toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties* – Uit de voorgaande vaststelling volgt onmiddellijk ook dat de toepassing van de vordering wegens benadeling bij de verdeling geen toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt. Om de benadeling in hoofde van de deelgenoot te schatten, moet de rechter de waarde van de kavel toebedeeld aan de beweerdelijk benadeelde deelgenoot vergelijken met de waarde van het aandeel dat hem in een gelijke verdeling had moeten toekomen. Er vindt echter geen vergelijking plaats met de

⁷¹² BELTJENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 374.

⁷¹³ G. BAERT, *Ouderlijke boedelverdeling*, in *Algemene praktische rechtsverzameling*, 1974, 323; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, 2002, 891; J. SACE, *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire notarial*, 1985, 161. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 608; AUBRY en RAU, *Cours*, VI, 1858, 236.

⁷¹⁴ Zoals de nietigheidssanctie en de mogelijkheid de nietigheid te vermijden door middel van betaling van het restant of het tijdstip waarop de benadeling wordt beoordeeld (JOSSELAND, *Cours*, III, 1933, 708; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 122-123).

⁷¹⁵ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1059. Voor Frankrijk: JOSSELAND, *Cours*, III, 1933, 708-709.

⁷¹⁶ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1059. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis*, III, 1889, 371; JOSSELAND, *Cours*, III, 1933, 708.

⁷¹⁷ BELTJENS, *Encyclopédie*, II, 1905, 646; DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1059; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 539.

⁷¹⁸ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1059; LAURENT, *Principes*, X, 1878, 541. Voor Frankrijk: JOSSELAND, *Cours*, III, 1933, 709

⁷¹⁹ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 1060. Voor Frankrijk: JOSSELAND, *Cours*, III, 1933, 709

waarde van het aandeel dat effectief aan de andere deelgenoten of aan één van hen werd toebedeeld. Deze bepaling stemt dan ook niet overeen met onze begripsbepaling van de benadeling.

D. Aanvaarding van nalatenschap (artikel 783 B.W.)

227. *Principe* – Overeenkomstig artikel 783 B.W. kan een meerderjarige tegen zijn uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding van een nalatenschap niet opkomen wegens benadeling, behoudens ingeval de nalatenschap is teniet gedaan of met meer dan de helft is verminderd door de ontdekking van een testament dat op het ogenblik van de aanvaarding onbekend was.⁷²⁰ Deze bepaling wordt slechts door een aantal auteurs aanzien als een toepassingsgeval van de benadeling.⁷²¹ De meeste auteurs zien deze bepaling veeleer als een louter verlies van een voordeel⁷²² of als een toepassingsgeval van de dwaling.⁷²³

228. *Toepassingsgebied en -voorwaarden* – De vordering kan enkel worden ingesteld tegen de aanvaarding van de nalatenschap en niet tegen de verwerping ervan.⁷²⁴ Een aanvaarding onder voorrecht van boedelbeschrijving kan evenmin door benadeling worden tenietgedaan, aangezien de erfgenaam in dat geval nooit *ultra vires* kan gehouden worden.⁷²⁵

Opdat de aanvaarding van een nalatenschap overeenkomstig artikel 783, zinsnede 2 B.W. vernietigd kan worden, dienen drie restrictieve en cumulatieve voorwaarden vervuld te zijn. Vooreerst moet de erfgenaam een deel van zijn erfdeel verliezen door een testament. Dit testament dient daarenboven onbekend te zijn geweest op het ogenblik van de aanvaarding. Tot slot moet het testament de nalatenschap met meer dan de helft verminderen.⁷²⁶ In de praktijk blijft de toepassing van deze vernietigingsvordering beperkt.⁷²⁷ Geen enkele erfgenaam zal immers de door hem verrichte aanvaarding willen vernietigen omwille van de loutere vermindering van zijn erfdeel. De ontdekking van een testament brengt immers niet noodzakelijk een vermindering van het persoonlijk vermogen van de erfgenaam ten aanzien van de periode vóór de aanvaarding van de nalatenschap met zich

⁷²⁰ Zie ARNTZ, *Cours*, II, 1879, 120-122.

⁷²¹ BELTIENS, *Encyclopédie*, III, 1905, 799; P. DE BEUS, *Overzicht van het burgerlijk recht. Wetgeving, rechtsleer en rechtspraak*, 1969, 636; A. MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, III, 1883, 497; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964) Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 133; H. MAZEAUD, “Considérations sur la lésion”, *JT* 1946, (265) 265; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 76; VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 268. Voor Frankrijk: COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1924, 290; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 255.

⁷²² LAURENT, *Principes*, IX, 1878, 422.

⁷²³ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84. Zie tevens DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 6, voetnoot 6.

⁷²⁴ J. DU MONGH m.m.v. C. DEKLERCK, “Commentaar bij artikel 783 B.W.”, *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, 50. Zie tevens A. MATON, *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, III, 1883, 499.

⁷²⁵ P. DELNOY, “L’option héréditaire”, in *Répertoire notarial. Boek I. De erfenissen*, 1994, 104; J. DU MONGH m.m.v. C. DEKLERCK, “Commentaar bij artikel 783 B.W.”, *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, 50.

⁷²⁶ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 459-461; P. DELNOY, “L’option héréditaire”, in *Répertoire notarial. Boek I. De erfenissen*, 1994, 104-105; J. DU MONGH m.m.v. C. DEKLERCK, “Commentaar bij artikel 783 B.W.”, *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, 50; LAURENT, *Principes*, IX, 1878, 422. Voor Frankrijk: OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 126.

⁷²⁷ J. DU MONGH m.m.v. C. DEKLERCK, “Commentaar bij artikel 783 B.W.”, *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, 50. Voor Frankrijk: F. TERRÉ en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 1997, 538.

mee.⁷²⁸ De vernietigingsvordering zal wel van belang zijn, indien de ontdekking van het testament ertoe zou leiden dat de erfgenaam meer moet inbrengen dan zijn erfdeel.⁷²⁹

229. *Geen echte toepassing van de benadeling* – Bij toetsing van artikel 783, zinsnede 2 B.W. aan onze voorlopige begripsbepaling blijkt dat deze wetsbepaling geen echte toepassing vormt van de benadeling. Vooreerst vereist de rechtsfiguur benadeling dat een nadeel wordt geleden. Dat is het geval wanneer *het vermogen* van een persoon wordt aangetast.⁷³⁰ Bij toepassing van artikel 783, zinsnede 2 B.W. wordt niet als vereiste vooropgesteld dat het vermogen van de erfgenaam wordt aangetast. Eén van de voorwaarden om de vordering te kunnen instellen, is dat de nalatenschap met meer dan de helft verminderd wordt ten gevolge van het testament. Zoals werd aangegeven, kan dit een aantasting van het vermogen met zich meebrengen, doch is dit niet steeds het geval.

Daarnaast blijkt uit onze voorlopige begripsbepaling van de benadeling dat het nadeel moet voortvloeien uit een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. De aanvaarding van een nalatenschap wordt gekwalificeerd als een *eenzijdige rechtshandeling* waaruit voor diegene die de nalatenschap aanvaardt, verbintenissen voortvloeien.⁷³¹ Een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties kan dan ook niet worden vastgesteld. Daarenboven vloeit het *nadeel* dat door de erfgenaam wordt geleden, niet zozeer voort uit de aanvaarding zelf, maar veeleer uit de vergissing omtrent de omvang van de nalatenschap in hoofde van de erfgenaam op het ogenblik van de aanvaarding. Met DE PAGE moet o.i. worden aangenomen dat artikel 783 B.W. veeleer een toepassing is van het wilsgebrek dwaling.⁷³² De misleidende kwalificatie van artikel 783, zinsnede 2 B.W. als toepassingsgeval van de benadeling vloeit o.i. louter voort uit een verkeerd woordgebruik in de wet. Of zoals DE PAGE het stelt: “*En réalité, l’héritier est plutôt déçu que lésé*”.⁷³³

E. Benadeling in het vennootschapscontract

1. Verbod op een leonijns beding (artikel 32 W.Venn.)

230. *Principe en situering* – Op het vlak van de winstverdeling bepaalt artikel 30, lid 1 W.Venn. dat bij ontstentenis aan afspraken ter zake ieders aandeel in de winst en in het verlies evenredig is aan zijn inbreng in de vennootschap. De vennoten kunnen daar bij overeenkomst van afwijken, met het verbod op een leonijns beding of het leeuwenbeding als begrenzing.⁷³⁴ Overeenkomstig artikel 32 W.Venn. is de overeenkomst die aan één van de vennoten de gehele winst toekent, nietig.⁷³⁵ Dit eerste lid van artikel 32 W.Venn. wordt beschouwd als het verbod op een leonijns beding in de *strikte betekenis*. Daarnaast wordt ook het beding waarbij de gelden of goederen ingebracht door één of

⁷²⁸ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 224.

⁷²⁹ J. DU MONGH m.m.v. C. DEKLERCK, “Commentaar bij artikel 783 B.W.”, *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, 50; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht. Boek I. De erfenissen*, 1942, 130.

⁷³⁰ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 461.

⁷³¹ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 455.

⁷³² Zie DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84. Zie tevens op impliciete wijze OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 126-127.

⁷³³ DE PAGE, *Traité*, IX, 1974, 455.

⁷³⁴ Zie in het algemeen: G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 411; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 91; S. GNEDASJ, *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 10; N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 15; I. LEBBE, “Art. 32 C. Soc.”, in X. (ed.), *Commentaire systématique du ‘nouveau’ Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 2. Zie voor het Duitse recht: K.-M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in der Gegenwart*, 2003, 536 p.

⁷³⁵ Art. 32, lid 1 W. Venn.

meerdere vennoten in de vennootschap, worden vrijgesteld van elke bijdrage in het verlies, verboden geacht.⁷³⁶ Samen met het eerste lid vormt deze bepaling het verbod op het leonijs beding in de *ruime betekenis*.⁷³⁷ Deze bepaling was voorheen opgenomen in het oude artikel 1855 B.W.⁷³⁸

De meerderheid van de auteurs zien in artikel 32 W.Venn. een toepassing van de rechtsfiguur benadeling.⁷³⁹ Deze visie wordt evenwel verworpen door DE PAGE.⁷⁴⁰ Ook DE BONDT wijst het leonijs beding af als een toepassingsgeval van de benadeling. Het behoort immers tot de essentie van het vennootschapscontract dat elk van de vennoten zou delen in winst en verlies. De sanctie van artikel 32 W.Venn. zou derhalve veeleer een sanctie zijn voor het niet-naleven van een essentieel element van het vennootschapscontract.⁷⁴¹

231. *Grondslag* – Het behoort tot de essentie van elk vennootschapscontract dat iedere vennoot deelneemt aan de winst en bijdraagt in het verlies.⁷⁴² Het voorwerp van de inbreng van iedere vennoot moet derhalve aan het risico van de onderneming onderworpen zijn.⁷⁴³ Aangenomen wordt dat het verbod op leonijs bedingen een veruitwendiging vormt van de *affectio societatis*, d.i. een begrip dat omschreven kan worden als “*de geest van samenwerking en gelijkheid (zowel in winst als in verlies) die de relaties tussen de vennoten dient te beheersen*”.⁷⁴⁴ Bij aanwezigheid van een leonijs beding wordt vermoed dat de vennoot die er de begunstigde van is, niet de vereiste wil vertoont om te delen in winst en verlies, en bijgevolg ook niet de vereiste wil vertoont om vennoot te zijn.⁷⁴⁵

232. *Opvatting COIPEL* – COIPEL verdedigde daarentegen de opvatting dat de grondslag van het leonijs beding zich situeert in het misbruik van machtspositie door de begunstigde vennoot. Volgens deze auteur houdt artikel 32 W.Venn. een weerlegbaar vermoeden in dat de overeenkomst die een vennoot alle winsten toekent of hem vrijstelt van elke bijdrage in de verliezen, tot stand is gekomen door misbruik van onwetendheid, zwakheden of noden van de andere vennoten. De overeenkomst moet

⁷³⁶ Art. 32, lid 2 W. Venn.

⁷³⁷ N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 15. Voor een rechtshistorische en culturele uitweiding, zie R. VERSTEGEN, “Het leeuwendeel”, in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber amicorum J.M. Broekman*, 1996, 445-453.

⁷³⁸ Bij wet 7 mei 1999 houdende het wetboek van vennootschappen (BS 6 augustus 1999) werd Titel IX van Boek III (art. 1832 tot 1873) opgeheven. Voor Frankrijk: in het Franse recht wordt het leonijs beding waarbij één van de vennoten alle winst krijgt toebedeeld of één van de vennoten niet meedraagt in het verlies, verboden door art. 1844-1, al. 2 *Code civil*.

⁷³⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 79; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 66; K. GEENS, “De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *TPR* 1990, (1631) 1647; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek Verbintenissenrecht*, 2002, losbl., nr. 1509; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 90; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 76; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 640; JOSSERAND, *Cours*, II, 1932, 54; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 127.

⁷⁴⁰ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84.

⁷⁴¹ DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 92-93; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 6, voetnoot 13.

⁷⁴² DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 90; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, 1950, 115 en 117; LAURENT, *Principes*, XXVI, 1878, 301; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, (99) 114; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 605.

⁷⁴³ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, (99) 114.

⁷⁴⁴ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial belge*, I, 1954, 235-236, nrs. 336-337. Zie later tevens bij N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 18; L. VAN BEVER, “Het verbod van leonijs beding”, *TBH* 2000, (268) 268. Aangaande de *affectio societatis*, zie S. GNEDASI, *Het verbod van leonijs beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 23 e.v.

⁷⁴⁵ L. VAN BEVER, “Het verbod van leonijs beding”, *TBH* 2000, (268) 268-269. Zie in dezelfde zin DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 90.

vernietigd worden, behoudens ingeval van bewijs van het tegendeel.⁷⁴⁶ Daarmee beschouwde hij het leonijns beding als een toepassing van de gekwalificeerde benadeling. Inmiddels heeft COIPEL zijn visie deels herzien en erkent hij dat artikel 32, lid 2 W.Venn. geen weerlegbaar vermoeden inhoudt. Hij stelt voor om de tekst te herinterpreteren, in die zin dat de sanctie voorzien in artikel 32 W.Venn. het voorafgaandelijk bewijs van bovenvermeld misbruik veronderstelt.⁷⁴⁷ In zijn laatste bijdrage van 2002 stelt deze auteur hieromtrent nog het volgende: “[...] *les conventions qui ont pour effet d’exonérer un associé de la participation aux pertes à charge d’un autre associé ont toujours une cause propre ... sauf si, par extraordinaire, l’exonération était extorquée par un lion qui profiterait de la faiblesse du cocontractant.*”⁷⁴⁸

Met deze opvatting leunt COIPEL aan bij een arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 6 juni 1956.⁷⁴⁹ Overeenkomstig het oude Nederlandse artikel 1672 B.W. is het beding, waarbij in een maatschap aan één der vennoten alle voordelen zijn toegezegd, nietig. In het arrest van de Hoge Raad werd benadrukt dat deze bepaling zich richt *“tegen de als societas leonina bekend staande overeenkomst, waarbij een der vennoten misbruik makende van omstandigheden als afhankelijkheid of onervarenheid van zijn medevennoten, laatstgenoemden beweegt tot het aangaan van een uitsluitend tot zijn voordeel strekkende vennootschapsovereenkomst”*.

233. *Aard* – Een discussie die zich voornamelijk in de rechtsleer afspeelt, betreft de vraag of artikel 32 W.Venn. van openbare orde dan wel van dwingend recht is. In tegenstelling tot vroegere rechtspraak en rechtsleer,⁷⁵⁰ wordt op vandaag aangenomen dat artikel 32 W.Venn. van dwingend recht is.⁷⁵¹ De schending van deze bepaling brengt bijgevolg een relatieve nietigheid met zich mee.

234. *Toepassingsgebied en -voorwaarden* – Artikel 32 W.Venn. is opgenomen in Boek II van het Wetboek van Vennootschappen en is bijgevolg een bepaling die gemeenschappelijk is aan alle

⁷⁴⁶ Zie M. COIPEL, “Réflexions sur le ‘portage’ d’actions au regard de l’article 1855 du Code civil – Le porteur et le lion”, (noot onder Brussel 3 december 1986), *RCJB* 1989, (553) 580-581: “*Nous proposons d’interpréter restrictivement l’article 1855 en opérant un retour aux sources, c’est-à-dire à la fable du lion. En supposant que les travaux préparatoires reflètent correctement l’objectif du législateur, il nous semble que c’est bien ce modèle qui l’a inspiré pour l’article 1855. La convention léonine a été vue comme une monstruosité qui permet au plus fort ou au plus astucieux de s’octroyer tous les avantages au détriment du plus faible. Elle réalise une lésion énorme par l’exploitation de l’ignorance, de la faiblesse ou des besoins d’un des associés. La ratio legis ultime de l’article 1855 nous apparaît donc comme une préfiguration de la théorie de la lésion qualifiée.*” Zie grotendeels in bevestigende zin, P.A. FORIERS, “Portage et clause léonine (observations sur le champ d’application de l’article 1855 du code civil)”, in X. (ed.), *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, (149) 154. In andere zin: K. GEENS, “De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *TPR* 1990, (1631) 1647; N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 25; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence sur les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 611. Zie tevens de eerder afwijzende houding van K. GEENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1986-1991”, *TPR* 1993, (933) 941-942.

⁷⁴⁷ M. COIPEL, “Encore l’article 1855, alinéa 2, du Code civil: réflexions additionnelles en faveur d’une interprétation renouvelée d’un texte controversé”, *TBH* 1995, (132) 148-149.

⁷⁴⁸ M. COIPEL, “Vers une validation des pactes léonins?”, *TBBR* 2002, (4) 9.

⁷⁴⁹ HR 6 juni 1956, *NJ* 1957, 333. Tevens besproken bij VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 10.

⁷⁵⁰ Brussel 3 december 1986, *Rev. prat. soc.* 1987, 48; Kh. Nijvel 16 april 1992, *TRV* 1993, 253; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, 1950, 116; C. JASSOGNE, “Sociétés léonines, options et portage d’actions”, *TBH* 1994, 979-986; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 91. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990) Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 606-607.

⁷⁵¹ G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 412; M. COIPEL, “Encore l’article 1855, alinéa 2, du Code civil: réflexions additionnelles en faveur d’une interprétation renouvelée d’un texte controversé”, *TBH* 1995, (132) 140-141; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998”, *TPR* 2000, (99) 124; N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 19; J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1978-1985)”, *TPR* 1986, (859) 864.

vennootschappen.⁷⁵² Het toepassingsgebied van artikel 32 W.Venn. is voor het overige eerder beperkt.⁷⁵³ Vooreerst viseert artikel 32 W.Venn. enkel *overeenkomsten tussen vennoten*.⁷⁵⁴ Ook moet de betwiste overeenkomst betrekking hebben op *toekomstige* winsten of verliezen.⁷⁵⁵ De kernvoorwaarde van artikel 32 W.Venn. bestaat er tot slot in dat de overeenkomst voorziet in een *totale of quasi-totale* bevrijding van het verlies of toekenning van de winst.⁷⁵⁶

De vraag rijst hoe deze laatste voorwaarde *in concreto* wordt ingevuld. Idealiter is het aandeel in de winst en de bijdrage in het verlies van de vennoten proportioneel aan ieders respectievelijke inbreng. Deze invulling wordt gehanteerd, indien de vennootschapsakte niets bepaalt omtrent het aandeel van elke vennoot in de winst of het verlies.⁷⁵⁷ Aangenomen wordt dat een leonijs beding voorligt, indien er een kennelijk onevenwicht bestaat tussen de inbreng en het winstaandeel en/of bijdrageverlies in hoofde van één van de vennoten.⁷⁵⁸ Het vereiste dat iedere vennoot moet *bijdragen in de winst*, betekent niet noodzakelijk dat iedere winst verdeeld moet worden, maar wel dat elke vennoot minstens onrechtstreeks in de vruchten van een goed jaar moet delen.⁷⁵⁹ Over de invulling van dit vereiste rijzen in de praktijk nauwelijks vragen.

De invulling van de (quasi-) vrijstelling van de *bijdrage in het verlies* kreeg daarentegen wel veel belangstelling in rechtspraak en rechtsleer.⁷⁶⁰ Met *bijdrage in het verlies* wordt bedoeld dat iedere vennoot in de regelmatige vergoeding die hij als winstaandeel voor zijn inbreng ontvangt, de weerslag moet ondervinden van een minder goed jaar van de vennootschap.⁷⁶¹ Er wordt algemeen aanvaard dat een zeer kleine bijdrage in het verlies gelijkgesteld moet worden met een volledige vrijstelling, en bijgevolg onder toepassing van artikel 32, lid 2 W.Venn. valt.⁷⁶² Er zijn evenwel geen precieze criteria voorhanden om te bepalen wanneer een beperkte deelname in het verlies als leonijs moet worden beschouwd. Het komt toe aan de rechter om uit te maken of de toebedeling van winst of verlies al dan niet leonijs is. Daarbij moet de redelijkheid in acht worden genomen, en niet alleen de vaststelling dat iemand alle winst naar zich toehaalt of helemaal niet bijdraagt in het verlies.⁷⁶³ De werkelijke bedoeling van partijen kan een corrigerende rol vervullen ten aanzien van de (vastgelegde) afspraken tussen partijen.⁷⁶⁴

⁷⁵² Wel zal hierna blijken dat de sanctiëring niet voor alle vennootschapsvormen even ver reikt. *Infra*, nr. 236.

⁷⁵³ I. LEBBE, "Art. 32 C. Soc.", in X. (ed.), *Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 2.

⁷⁵⁴ N. GOOSSENS, "Commentaar bij artikel 32 W. Venn.", in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 20; I. LEBBE, "Art. 32 C. Soc.", in X. (ed.), *Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 3.

⁷⁵⁵ I. LEBBE, "Art. 32 C. Soc.", in X. (ed.), *Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 5.

⁷⁵⁶ I. LEBBE, "Art. 32 C. Soc.", in X. (ed.), *Commentaire systématique du 'nouveau' Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 4.

⁷⁵⁷ Artikel 30 W. Venn. Zie K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998", *TPR* 2000, (99) 115.

⁷⁵⁸ K. GEENS, "De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap", *TPR* 1990, (1631) 1647.

⁷⁵⁹ Bv. door de waardetoeneming van zijn aandeel. Zie G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 411.

⁷⁶⁰ Zie ook S. GNEDASI, *Het verbod van leonijs beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 25 e.v.

⁷⁶¹ In dit opzicht lijkt een inbrenger van arbeid niet vergoed te mogen worden in een verliesjaar, hoe begrijpelijk de ononderbroken betaling gelet op de aard van de inbreng misschien ook mag voorkomen. Elke inbreng moet immers onderworpen worden aan het risico van de onderneming. Zie G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 410.

⁷⁶² Kh. Nijvel 16 april 1992, *TRV* 1993, 253; Kh. Antwerpen 25 maart 1889, *Pas.* 1889, III, 225; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 91; N. GOOSSENS, "Commentaar bij artikel 32 W. Venn.", in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 21.

⁷⁶³ G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 411.

⁷⁶⁴ K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS en J. VANANROYE, "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998", *TPR* 2000, (99) 121; L. VAN BEVER, "Het verbod van leonijs beding", *TBH* 2000, (268) 269.

235. *Cass. 5 november 1998 (arrest TORRASPEL)* – Dit werd bevestigd in een arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1998, waar het hof zich uitsprak over het toepassingsgebied van artikel 32, lid 2 W.Venn.⁷⁶⁵ De voorlegging van deze problematiek aan het Hof van Cassatie vormde een unieke gelegenheid om duidelijkheid te scheppen omtrent de aflijning van de bedingen die al dan niet onder het verbod van artikel 32, lid 2 W.Venn. vallen. Met dit arrest werd duidelijk dat de put- en call-optieovereenkomsten aan het verbod van artikel 32, lid 2 W.Venn. ontsnappen.⁷⁶⁶ Het Hof van Cassatie overwoog immers dat “*alleen het beding verboden is dat ertoe strekt het evenwicht in de vennootschapsovereenkomst te verstoren in de zin van artikel 1855, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, of dat, wanneer het schijnbaar een ander voorwerp heeft, in werkelijkheid toch hetzelfde doel beoogt*”. Met het arrest werd een bevestiging gevonden voor een strikte interpretatie van artikel 32 W.Venn.⁷⁶⁷ Enkel het beding dat tot voorwerp heeft een inbreuk te maken op het vennootschapscontract dat bedoeld wordt in artikel 32, lid 2 W.Venn. of dat, hoewel het ogenschijnlijk een ander voorwerp heeft, in werkelijkheid datzelfde doel heeft, is nietig. Het lijkt eerder uitzonderlijk zo te zijn dat partijen met het kwetsieuze beding de bedoeling hebben om het door het vennootschapscontract gewaarborgde evenwicht in het gedrang te brengen.⁷⁶⁸ Het spreekt voor zich dat het achterhalen van de beslissende beweegredenen van partijen geen sinecure is, en zal moeten beoordeeld worden in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.⁷⁶⁹

236. *Sanctie* – Overeenkomstig de tekst van artikel 32 W.Venn. zou ingeval van gehele winsttoekenning aan één van de vennoten de *overeenkomst* nietig zijn, terwijl bij vrijstelling van één van de vennoten van elke bijdrage in het verlies enkel het *beding* met de nietigheid zou worden gesanctioneerd. Ondanks de tekstuele discrepantie tussen beide bepalingen is men het erover eens dat het leonijs beding in beide gevallen leidt tot de nietigheid van het volledige vennootschapscontract.⁷⁷⁰ Indien het beding evenwel niet in de statuten van de vennootschap werd opgenomen, blijft de nietigheid beperkt tot het beding of de overeenkomst waarin het is opgenomen.⁷⁷¹

⁷⁶⁵ Cass. 5 november 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1030, *JT* 1999 (verkort), 131, concl. DE RIEMAECKER, *TBBR* 2002, afl. 1, 69, noot, *V & F* 1999, 38, noot J. LIEVENS en N. BONNY. Het toepassingsgebied van art. 32, lid 2 W. Venn. is één van de meest onduidelijke en omstreden vraagstukken van het vennootschapsrecht. Het strijdpunt in dit debat is de geldigheid van de zogenaamde put- en call-opties en van de portageovereenkomsten. Meer hierover, zie o.m. M. COIPEL, “Vers une validation des pactes léonins?”, *TBH* 2002, 4-14; M. COIPEL, “Réflexions sur le ‘portage’ d’actions au regard de l’article 1855 du Code civil – Le porteur et le lion”, (noot onder Brussel 3 december 1986), *RCJB* 1989, 553-587; P.A. FORIERS, “Portage et clause léonine (observations sur le champ d’application de l’article 1855 du code civil)”, in X. (ed.), *Hommage à Jacques Heenen*, 1994, 149-164; C. JASSOGNE, “Sociétés léonines, options et portage d’actions”, *TBH* 1994, 979-986; N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 15 e.v.; D. VAN GERVEN, “Des conventions de portage de titres. Une analyse adaptée au droit belge”, *Rev. prat. soc.* 2000, 205-242. Voor Frankrijk: P. SOUMRANI, *Le portage d’actions*, 1996, 618 p.

⁷⁶⁶ J. LIEVENS en N. BONNY, “Het verbod van Leonijns beding: eindelijk een houvast?”, (noot onder Cass. 5 november 1998), *V&F* 1999, (43) 43.

⁷⁶⁷ J. LIEVENS en N. BONNY, “Het verbod van Leonijns beding: eindelijk een houvast?”, (noot onder Cass. 5 november 1998), *V&F* 1999, (43) 46; L. VAN BEVER, “Het verbod van leonijns beding”, *TBH* 2000, (268) 269.

⁷⁶⁸ J. LIEVENS en N. BONNY, “Het verbod van Leonijns beding: eindelijk een houvast?”, (noot onder Cass. 5 november 1998), *V&F* 1999, (43) 46.

⁷⁶⁹ L. VAN BEVER, “Het verbod van leonijns beding”, *TBH* 2000, (268) 270.

⁷⁷⁰ N. GOOSSENS, “Commentaar bij artikel 32 W. Venn.”, in X. (ed.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2003, losbl., (11) 29-30; P. VAN OMMESELAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990) Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 606. Zie voorheen reeds bij BELTIENS, *Encyclopédie*, V, 1906, 651; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 91.

⁷⁷¹ C. JASSOGNE, “Sociétés léonines, options et portage d’actions”, *TBH* 1994, 983. Zie ook J. RONSE, J.-M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS en H. LAGA, “Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1978-1985)”, *TPR* 1986, (859) 865; P. VAN OMMESELAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990) Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 608. Voor een overzicht, zie S. GNEDASI, *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 20 en 36 e.v.

Ook in deze tak van het recht werd evenwel gepleit om de nietigheid te beperken tot het beding in kwestie en de rechtsgeldigheid van de rest van de overeenkomst (en dus van de vennootschap zelf) onverlet te laten.⁷⁷² Overeenkomstig de bijzondere bepalingen van (i) artikel 228 W.Venn. betreffende de BVBA, (ii) artikel 404 W.Venn. betreffende de CV en (iii) artikel 455 W.Venn. betreffende de NV worden enkel de bepalingen van de oprichtingsakte die betrekking hebben op de verdeling van de winst of verlies en die strijdig zijn met artikel 32 W.Venn., voor niet geschreven gehouden. Dit houdt in dat de vennootschap zelf niet nietig is, maar enkel het beding zelf en dat zo nodig wordt teruggevallen op de suppletieve regels van winstverdeling van artikel 30 W.Venn.⁷⁷³

237. *Geen compenserend instrument* – De *ratio legis* van het verbod op het leonijs beding in vennootschapscontracten is gelijkaardig aan de *ratio legis* van de vernietigingsvordering wegens benadeling bij de verdeling. Het is kenmerkend voor een vennootschapscontract dat iedere vennoot deelt in de winst en bijdraagt in het verlies. Dit volgt uit de *affectio societatis*, de geest van samenwerking en gelijkheid die de relaties tussen de vennoten beheerst. De vernietigingsvordering wegens strijdigheid met het verbod op leonijnse bedingen houdt dan ook louter een sanctionering in van de schending van de eigenheid van het vennootschapscontract. In die zin is deze vernietigingsvordering ook niet ingegeven ter compensatie van een gebrek aan contractvrijheid in hoofde van de zwakke contractpartij.

238. *Geen toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties* – Net zoals bij de verdeling⁷⁷⁴ volgt uit de voorgaande vaststelling ook onmiddellijk dat de rechterlijke toetsing in geval van een leonijs beding *geen* toetsing inhoudt van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, en derhalve geen toepassing inhoudt van de benadeling, zoals omschreven in onze voorlopige begripsbepaling. Bij toepassing van artikel 32 W.Venn. lijdt een vennoot schade door een onevenwicht tussen zijn inbreng in de vennootschap, enerzijds, en zijn aandeel in de winst of de bijdrage van een andere vennoot in het verlies, anderzijds. Deze rechterlijke toetsing gaat in de praktijk wel verder dan de wettekst zelf, doordat ook een slechts minieme deelname in de winst of een beperkte bijdrage in het verlies als leonijs kan worden bestempeld.⁷⁷⁵

2. Eenzijdige regeling omtrent de hoegrootheid van de aandelen (artikel 31 W.Venn.)

239. *Principe* – Eén enkele auteur werpt nog een andere bepaling uit het Wetboek van Vennootschappen op als toepassingsgeval van de benadeling. Het betreft de bepaling neergelegd in artikel 31, lid 1 W. Venn, voorheen opgenomen in (oud) artikel 1854 B.W.⁷⁷⁶ Dit artikel luidt als volgt: “Indien de vennoten zijn overeengekomen de regeling van de hoegrootheid van de aandelen over te laten aan één van hen of aan een derde, kan tegen die regeling slechts worden opgekomen, indien zij blijkbaar strijdig is met de billijkheid. Geen bezwaar dienaangaande wordt aangenomen,

⁷⁷² C. JASSOGNE, “Sociétés léonines, options et portage d’actions”, *TBH* 1994, 983.

⁷⁷³ G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2007, 444; I. LEBBE, “Art. 32 C. Soc.”, in X. (ed.), *Commentaire systématique du ‘nouveau’ Code des sociétés*, 2001, losbl., nr. 11; P. VAN OMMESLAGHE en X. DIEUX, “Examen de jurisprudence (1979 à 1990) Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, (573) 606. Zie ook S. GNEDASI, *Het verbod van leonijs beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 21.

⁷⁷⁴ *Supra*, nr. 226.

⁷⁷⁵ K. GEENS, “De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap”, *TPR* 1990, (1631) 1647.

⁷⁷⁶ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 5.

indien meer dan drie maanden zijn verlopen sinds de partij die beweert benadeeld te zijn, van de regeling kennis heeft gekregen, of indien zij aan die regeling begin van uitvoering heeft gegeven.”⁷⁷⁷

240. *Geen toepassing van de benadeling* – Waarom DE BONDT deze bepaling als een toepassingsgeval van de benadeling beschouwt, verduidelijkt hij niet. Mogelijks speelt de woordkeuze van de wetgever hierbij een rol. Deze bepaling wordt echter door andere auteurs terecht niet erkend als een toepassingsgeval van de benadeling. Met artikel 31, lid 1 W.Venn. ligt inderdaad geen toepassingsgeval van de benadeling voor, doch veeleer een wettelijke toepassing van de toetsing van een partijbeslissing.⁷⁷⁸

F. Afwijzing van buitensporige bedragen bij spel en weddenschap (artikel 1966, lid 2 B.W.)

241. *Principe* – In beginsel staat de wet geen rechtsvordering toe voor een speelschuld of voor de betaling van een weddenschap.⁷⁷⁹ Hierop wordt evenwel een uitzondering aangenomen voor weddenschappen op spelen ter bevordering van de behendigheid en de geoefendheid van het lichaam.⁷⁸⁰ Wel kan de rechter overeenkomstig artikel 1966, lid 2 B.W. de eis afwijzen wanneer het bedrag hem buitensporig voorkomt. In deze laatste bepaling zien sommige auteurs een toepassing van de benadeling.⁷⁸¹

242. *Ratio legis* – De wetgever weigert om rechtsvorderingen toe te staan voor speelschulden of voor de betaling van een weddenschap wegens het ontbreken van enig sociaal en economisch nut bij deze spelen en weddenschappen.⁷⁸² Contracten van spel en weddenschap worden als absoluut nietig beschouwd wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden.⁷⁸³ Om spelen ter bevordering van de lichamelijke gezondheid aan te moedigen en aantrekkelijker te maken, worden deze spelen en de weddenschappen daaromtrent als uitzondering toegelaten. Deze spelen worden immers als sociaal nuttig, en dus als geoorloofd, aanzien.⁷⁸⁴ Van zodra de inzet echter overdreven is en het bedrag van de rechtsvordering bijgevolg buitensporig lijkt, kan de rechter de eis afwijzen. Geoordeeld wordt dat in dat geval niet langer de geoefendheid van het lichaam voorop staat, maar veeleer de kans op winst of

⁷⁷⁷ Art. 31, lid 1 W. Venn.

⁷⁷⁸ Zie P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, (65) 70; J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 212; M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1273; W. VAN GERVEN, “Beginselen van behoorlijk handelen”, *RW* 1982-1983, (961) 968. *Supra*, nrs. 18-20.

⁷⁷⁹ Art. 1965 B.W.

⁷⁸⁰ Art. 1966, lid 1 B.W.: “De spelen die geschikt zijn tot oefening in de wapenhandel, de wedlopen te voet of te paard, de wedrennen met wagens, het kaatsspel en andere soortgelijke spelen waarmee behendigheid en geoefendheid van het lichaam zijn gemoeid, zijn van de vorige bepaling uitgezonderd.” Zie G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 142; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 225. Met ingang van 1 januari 2011 worden in deze bepaling de woorden “alook de kansspelen die zijn toegestaan ingevolge de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de weddenschappen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers”, ingevoegd vóór de woorden “zijn van de vorige bepaling uitgezonderd”. Zie art. 46 en 61 wet 10 januari 2010 tot wijziging van de wetgeving inzake kansspelen, *BS* 1 februari 2010.

⁷⁸¹ RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 225. Voor Frankrijk: JOSSELAND, *Cours*, II, 1933, 54.

⁷⁸² G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 142; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 292; B. DUBUISSON, “Les contrats aléatoires Livre III-Titre XII”, *JT* 2004, (327) 332-333. Voor Frankrijk: JOSSELAND, *Cours*, II, 1932, 754.

⁷⁸³ Cass. 11 juli 1957, *RW* 1958-59, 1263; Cass. 2 december 1892, *Pas.* 1893, I, 47; Cass. 19 november 1891, *Pas.* 1892, I, 18; Brussel 12 januari 1957, *Pas.* 1958, I, 142; G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 135; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 285 en 297, nrs. 297 en 301; LAURENT, *Principes*, XXVII, 1878, 220 e.v.

⁷⁸⁴ DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 299; LAURENT, *Principes*, XXVII, 1878, 215. Zie recent ook K. ANDRIES, N. CARETTE en N. HOEKX (ed.), *Kansspel. De wettelijke definitie gewikt en gewogen*, 2006, 101.

verlies.⁷⁸⁵ Het betreft opnieuw een overeenkomst zonder economisch relevante betekenis, waarbij het evenwicht tussen de waarde van de activiteit en de beloning ervoor verbroken is.⁷⁸⁶

243. *Toepassingsgebied en sanctie* – Artikel 1966 B.W. doelt zowel op het spel van de deelnemers als op de weddenschappen door niet-deelnemers.⁷⁸⁷ Met *het bedrag* wordt de inzet bedoeld, d.i. zowel het bedrag waarvoor de deelnemers deelnemen als de uitgekeerde winst.⁷⁸⁸ Bij de appreciatie van de buitensporigheid van de inzet, kan de rechter zich laten leiden door de welstand van de partijen, hun speelgewoontes, hun maatschappelijke situatie en de aard van het spel.⁷⁸⁹ Indien het bedrag door de rechter als buitensporig wordt beschouwd, wordt het spel – en de eraan gekoppelde weddenschap – in haar geheel opnieuw ongeoorloofd. Het bedrag is dan ook niet herleidbaar, maar brengt de nietigheid van het contract met zich mee.⁷⁹⁰

244. *Geen toepassing van de benadeling* – Bij de rechtsfiguur benadeling dient er een nadeel te zijn ten gevolge van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling.⁷⁹¹ Vooreerst worden spel en weddenschap beschouwd als kanscontracten waarbij de gevolgen met betrekking tot winst en verlies afhangen van een onzekere gebeurtenis.⁷⁹² Traditioneel wordt aangenomen dat benadeling bij kanscontracten geen toepassing kan vinden.⁷⁹³ De rechterlijke toetsing betreft bij artikel 1966, lid 2 B.W. evenmin een toetsing van het evenwicht tussen de hoofdprestaties. De rechter toetst de inzet van het spel en de weddenschap, rekening houdend met de welstand van de partijen, hun speelgewoontes, hun maatschappelijke situatie en de aard van het spel. Het is belangrijk vast te stellen dat bij toepassing van artikel 1966, lid 2 B.W. de wetgever niet tussenkomt om het nadeel te herstellen dat aan een persoon werd berokkend. De wetgever komt wel tussen omdat men opnieuw vervalt in een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak, van zodra de inzet buitensporig wordt. Artikel 1966, lid 2 B.W. is dan ook veeleer te beschouwen als een sanctionering van een overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak dan als een toepassingsgeval van de benadeling.⁷⁹⁴

⁷⁸⁵ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 6, voetnoot 13.

⁷⁸⁶ G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 142; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 299. Voor Frankrijk: ARNTZ, *Cours*, IV, 1863, 141; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, XI, 1954, 555.

⁷⁸⁷ Cass. 11 juli 1957, *Pas.* 1957, I, 1360. Zie tevens G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 142-143.

⁷⁸⁸ Brussel 3 maart 1948, *RW* 1948-1949, 120; Kh. Doornik 24 november 1949, *JT* 1950, 26; G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 146; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 300.

⁷⁸⁹ Brussel 18 april 1955, *Pas.* 1956, II, 161; G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 146; BELTIENS, *Encyclopédie*, VI, 1907, 61; LAURENT, *Principes*, XXVII, 1878, 218. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XXIV, 1907, 38; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, XI, 1954, 555-556.

⁷⁹⁰ G.L. BALLON, “Commentaar bij artikel 1966 B.W.”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2001, 146; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 300. Voor Frankrijk: BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité*, XXIV, 1907, 38; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, XI, 1954, 555.

⁷⁹¹ *Supra*, nr. 138.

⁷⁹² Art. 1964 B.W.

⁷⁹³ Voor een nuancering dienaangaande, zie K. ANDRIES, N. CARETTE en N. HOEKX (ed.), *Kansspel. De wettelijke definitie gewikt en gewogen*, 2006, 59 e.v. alsook N. CARETTE, “Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken”, *RW* 2006-2007, (702) 717 e.v. *Supra*, nrs. 145-146.

⁷⁹⁴ Zie in dezelfde zin DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 6, voetnoot 13. Zie tevens DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 300.

AFDELING V. BENADELING IN LATERE, BIJZONDERE BELGISCHE EN FRANSE WETGEVING

245. *Inleiding* – Om de verschillende toepassingsgevallen van de benadeling in kaart te brengen, mogen we ons niet beperken tot het oorspronkelijke Burgerlijk Wetboek. Verscheidene bijzondere wetten van latere datum bevatten eveneens (vermeende) toepassingsgevallen van de benadeling. We bespreken deze bepalingen hierna in chronologische volgorde.

§1. Koop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw

246. *Situering* – Bij wet van 21 december 1896 werd een nieuw toepassingsgeval van de benadeling ingevoerd. De koper van mest- en voedingsstoffen voor dieren kon een vordering tot prijsvermindering instellen, indien hij voor meer dan 1/4^e was benadeeld.⁷⁹⁵ Deze vordering wegens benadeling bleef ook opgenomen in de latere wet van 11 juli 1969.⁷⁹⁶ Bij wet van 5 februari 1999 werd deze vordering wegens benadeling afgeschaft.⁷⁹⁷

247. *Toepassingsgebied en -voorwaarden* – De verschillende opeenvolgende wetten waarin deze benadelingsvordering werd opgenomen, verschilden van toepassingsgebied. De regeling breidde zich immers geleidelijk uit van mest- en grondstoffen voor dieren tot grondstoffen voor de landbouw, tuinbouw, bosbouw en veeteelt. Aan de vordering wegens benadeling zelf werd evenwel niet geraakt.⁷⁹⁸

De vordering stond ter beschikking van de koper die bij de aankoop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw voor meer dan 1/4^e was benadeeld.⁷⁹⁹ Als referentieprijs voor de beoordeling van de

⁷⁹⁵ Art. 6 wet 21 december 1896 aanvullende de huidige wetgeving op de levering van meststoffen en van voedingsstoffen voor de dieren tot de boerderij behorende, BS 11 maart 1897: “*De beschadiging voor meer dan een vierde geeft aan den koper den eisch tot prijsvermindering*”.

⁷⁹⁶ Art. 3, §3 wet 11 juli 1969 betreffende de bestrijdingsmiddelen en de grondstoffen voor de landbouw, tuinbouw, bosbouw en veeteelt, BS 17 juli 1969: “*De benadeling voor meer dan een vierde van de handelswaarde geeft aan de verkrijger recht op een vordering tot prijsvermindering*”. De wet van 21 december 1896 werd vervangen door de wet van 15 juli 1931 betreffende de regeling van den handel in zaden, allerhande pootgoed, meststoffen en veevoeder (BS 9 augustus 1931). Art. 4, lid 3 van deze wet nam de vordering wegens benadeling over (“*De benadeeling voor meer dan een vierde op de handelswaarde geeft aan den koper recht van vordering tot prijsvermindering*”). De wet van 15 juli 1931 werd op haar beurt vervangen door het KB nr. 89 van 30 november 1939 houdende aanvulling en samenschakeling van de reglementering van de handel in zaaizaden, allerhande pootgoed, meststoffen en veevoeder, bekrachtigd bij wet van 16 juni 1947. Deze regeling werd opgeheven door de wet van 11 juli 1969. Geïnspireerd op de Belgische wet van 21 december 1896 werd ook in het Franse recht een gelijkaardige vordering toegekend aan de koper van mest- en voedingsstoffen voor dieren. Dit gebeurde bij wet van 8 juli 1907 (Loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais, JO 9 juli 1907). Deze wet werd achtereenvolgend gewijzigd bij wet van 10 maart 1937 (Loi du 10 mars 1937 tendant à compléter la loi du 8 juillet 1907 qui a organisé l'action en réduction du prix dans la vente des engrais et substances destinées à l'alimentation des animaux de la ferme, de manière à étendre cette action aux ventes de semences et plants pour culture, JO 12 maart 1937) en bij wet van 13 juli 1907 (Loi n° 79-595 du 13 juillet 1979 relative à l'organisation du contrôle des matières fertilisantes et des supports de culture, JO 14 juli 1979), tot een geconsolideerde versie (Loi du 8 juillet 1907 concernant la vente des engrais, geconsolideerde versie van 14 juli 1979).

⁷⁹⁷ Art. 6, 2° wet 5 februari 1999 houdende diverse bepalingen en betreffende de kwaliteit van de landbouwproducten, BS 19 maart 1999.

⁷⁹⁸ Zie bv. DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 37; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 83; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 47; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226.

⁷⁹⁹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 644; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 195; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 54; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256-257; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 355; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 80.

benadeling werd de handelsprijs van de betrokken goederen gehanteerd.⁸⁰⁰ De vordering stond enkel ter beschikking van de koper van de grondstoffen, niet van de verkoper.⁸⁰¹ De vordering strekte er niet toe de koopovereenkomst te vernietigen, maar leidde wel tot een prijsvermindering voor de koper.⁸⁰² De koper diende de vordering op straffe van verval in te stellen binnen twaalf maanden na de levering van de goederen.⁸⁰³

248. *Ratio legis* – Met de vordering wegens benadeling ten voordele van de koper van grondstoffen voor de landbouw wilde de wetgever de onwetende en onervaren landbouwers beschermen tegen het misbruik dat van hen kon worden gemaakt tijdens het handel drijven.⁸⁰⁴

249. *Toepassing van de benadeling* – Dit artikel wordt in de rechtsleer eensgezind beschouwd als een toepassingsgeval van de benadeling.⁸⁰⁵ Daarenboven werd deze bepaling ook duidelijk ingevoerd als een compenserend instrument ter bescherming van de zwakke contractpartij.⁸⁰⁶ DE PAGE gaat nog een stap verder wanneer hij deze vordering bij de verkoop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw beschouwt als een toepassing van de gekwalificeerde benadeling.⁸⁰⁷ Hierna zal blijken dat

⁸⁰⁰ Rapport van de bijzondere commissie van de Kamer van Volksvertegenwoordigers bij het wetsontwerp van wet 4 juni 1896, *Pasinomie* 1897, (17) 23.

⁸⁰¹ Dit in tegenstelling tot de vordering wegens benadeling bij de verkoop van onroerende goederen, waar de vordering enkel ter beschikking staat van de verkoper. Zie DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 474, nr. 396. *Supra*, nr. 194.

⁸⁰² DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 83-84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 47; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226. Vergelijk met de vordering wegens benadeling bij de verkoop van onroerende goederen, zie DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 434 en 474, nr. 365 en 396. Voor Frankrijk: De vordering die in het Franse recht aan de koper wordt toegekend, strekt evenmin tot de vernietiging van de overeenkomst. Het betreft daarentegen een vordering tot prijsvermindering en tot schadevergoeding. Zie BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, 1999, 242; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181-182; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 153-154; P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926, 47; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 146; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 119.

⁸⁰³ Art. 4, lid 4 wet 15 juli 1935; Art. 3, §4 wet 11 juli 1969; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 83-84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36. De oorspronkelijke wet van 21 december 1896 bepaalde in art. 7 echter dat de gedingen tot koopvernietiging, ongeldigverklaring en prijsvermindering op straffe van verval moeten worden ingespannen binnen de zes weken na de levering voor de voedingsstoffen, en vooraleer de oogst waartoe ze werden benuttigd geheel binnengehaald is voor de meststoffen. Vergelijk met de vordering wegens benadeling bij de verkoop van onroerende goederen, zie DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 474, nr. 396. Voor Frankrijk: De vordering dient door de koper te worden ingesteld binnen een termijn van veertig dagen vanaf de levering (Art. 2 Loi du 8 juillet 1907). Zie DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 644; DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 155; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 146; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 119; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 80.

⁸⁰⁴ A. DE BERSAQUES, "L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 493; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 83-84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 37, voetnoot 1. Zie tevens Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp van wet van 4 juni 1896, *Pasinomie* 1897, (17) 19: "Dans ces derniers temps, des industriels peu scrupuleux ont réussi néanmoins à tromper la masse des cultivateurs, des petits agriculteurs surtout, en se prévalant abusivement du contrôle exercé par l'Etat sur leurs opérations et en livrant à la culture, à des prix usuraires, sans toutefois tomber sous le coup de la loi, des engrais de minime valeur." Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 153-156; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 355. LASBORDES beschouwt deze vorm van benadeling als een bescherming van de wil van zwakke contractpartij wanneer deze genoodzaakt is om te contracteren (V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 118).

⁸⁰⁵ Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 6-7; DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 37; DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 434 en 474; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 83-84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 36-37; KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 47; *Novelles*, IV, 1957, 226; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 268. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 181; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 644; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 195; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 54; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256-257; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 355; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 80.

⁸⁰⁶ DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 473, voetnoot 2.

⁸⁰⁷ DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 170. Zie in dezelfde zin bij DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 36 en 37.

tot de jaren '70 verschillende auteurs de gekwalificeerde benadeling beschouwden als een algemeen rechtsbeginsel, dat zijn neerslag vond in verschillende dwingende wetsbepalingen.⁸⁰⁸

§2. Hulp en berging op zee

250. *Situering* – Bij wet van 12 augustus 1911 werden in het Wetboek van Koophandel een aantal bepalingen inzake hulp en berging op zee ingevoerd, waaronder artikel 262 W.Kh.⁸⁰⁹ Dit artikel bepaalt in een eerste lid dat “*elke overeenkomst betreffende hulp en berging aangegaan tijdens en onder de invloed van het gevaar, [...] ten verzoeken van een der partijen door de rechter [kan] worden vernietigd of gewijzigd, wanneer deze van oordeel is dat de overeengekomen voorwaarden niet billijk zijn.*” Overeenkomstig het tweede lid van artikel 262 B.W. “*[kan] in alle gevallen waarin bewezen is dat de toestemming van een der partijen door bedrog of verzwijging waardeloos is gemaakt of waarin het loon in buitengewone mate naar de ene of de andere kant buiten verhouding staat tot de bewezen dienst, ten verzoeken van de belanghebbende partij de overeenkomst door de rechter worden vernietigd of gewijzigd.*” Aangezien deze tekst voortvloeit uit een internationaal verdrag, gold in het Franse recht met de wet van 29 april 1916 aanvankelijk een zeer gelijkaardige bepaling.⁸¹⁰ Met de wet van 7 juli 1967 werd deze Franse wet van 1916 echter afgeschaft en werd een nieuwe bepaling ingevoerd.⁸¹¹

251. *Gedeeltelijke toepassing van de benadeling* – Sommige auteurs hebben deze bepaling beschouwd als een toepassing van de benadeling.⁸¹² In artikel 262 W.Kh. dienen evenwel drie verschillende hypothesen te worden onderscheiden.⁸¹³ In het eerste lid van deze bepaling wordt de situatie gevisieerd waar de overeenkomst tot hulp en berging op zee werd aangegaan *tijdens en onder invloed van gevaar*. Met DE PAGE moet worden aangenomen dat deze hypothese een toepassing vormt van het wilsgebrek geweld, en in het bijzonder van de noodtoestand.⁸¹⁴ Artikel 262, lid 2, eerste zinsnede W.Kh. heeft betrekking op de situatie waarin de toestemming van één der partijen op het ogenblik van de contractsluiting is aangetast door bedrog.⁸¹⁵

Met de derde hypothese, d.i. lid 2 van artikel 262 W.Kh., ligt wel een toepassingsgeval van de benadeling voor.⁸¹⁶ De wet eist er een evenwicht tussen de hoofdprestaties van de contractpartijen.⁸¹⁷

⁸⁰⁸ Zie in het bijzonder *infra*, nrs. 299, 304 en 370.

⁸⁰⁹ BS 23 augustus 1911. Voor de regeling in het Nederlandse recht, zie *infra*, nr. 279.

⁸¹⁰ Loi du 29 avril 1916 sur l'assistance et le sauvetage maritimes. Zie DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 157-160; P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926, 47-51; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 147-150; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 120-121.

⁸¹¹ Loi n° 67-545 du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer, JO 9 juli 1967. Art. 15 van deze wet luidt als volgt: “*Toute convention d'assistance peut, à la requête de l'une des parties, être annulée ou modifiée par le tribunal, s'il estime que les conditions convenues ne sont pas équitables, compte tenu du service rendu et des bases de rémunération indiquées à l'article 16 ou que le service rendu ne présente pas les caractères d'une véritable assistance, quelque qualification que les parties lui aient donnée.*” Art. 141-1 van de Code de l'aviation civile verklaart deze bepaling tevens van toepassing op bijstand die verleend wordt in het luchtverkeer (GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768).

⁸¹² DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 37; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 77 en 84. Voor Frankrijk: De Franse auteurs aarzelen een stuk minder om art. 15 van de wet van 7 juli 1967 te beschouwen als een toepassingsgeval van de benadeling. Zie BENABENT, *Les obligations*, 2005, 121; BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, 1999, 242; BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 182; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 195; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; JOSSEMERAND, *Cours*, 1932-1933, II, 1933, 54; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 118; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 120-121; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 356; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 81-82.

⁸¹³ G. RIPERT, *Droit maritime*, III, 1923, 137, nr. 2170; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 148-149.

⁸¹⁴ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 77 en 84. Zie ook RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 194. Zie recenter ook P. WERY, “La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux: une hypothèse loin d'être exceptionnelle”, in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, 2010, (13) 23; Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 159.

⁸¹⁵ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 149.

⁸¹⁶ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 38. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 159; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 149; G. RIPERT, *Droit maritime*, III, 1923, 138-139, nr. 2170.

Benadeling wordt er op algemene wijze aanvaard, d.i. ten voordele van beide contractpartijen buiten iedere vorm van dwaling, bedrog of geweld om.⁸¹⁸ Er wordt geen vereiste benadelingsgraad opgelegd, waardoor in beginsel het kleinste onevenwicht aanleiding kan geven tot een tussenkomst door de rechter.⁸¹⁹ Deze tussenkomst van de rechter kan bestaan in de vernietiging of de matiging van het contract.⁸²⁰ Aangenomen wordt dat deze bepaling werd ingevoerd om de loyaliteit tussen beide partijen in stand te houden en te vermijden dat misbruik zou worden gemaakt van de inferieure positie van de medecontractant.⁸²¹ In dat opzicht is het evenwel opmerkelijk dat ervoor gekozen werd om de vordering ten voordele van beide contractpartijen toe te kennen.

§3. Arbeidsovereenkomstenwet voor bedienden

252. *Situering* – Artikel 6 van de wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract bepaalde dat de arbeidsovereenkomst door de rechter vernietigd kan worden, wanneer de vergoeding die is toegekend aan de bediende meer dan de helft lager was dan de vergoeding die normalerwijze wordt toegekend volgens de gebruiken van de betrokken regio. De vordering tot vernietiging moest worden ingesteld worden binnen zes maanden na de contractsluiting.⁸²² De rechter kon daarbij tevens een schadevergoeding toekennen.⁸²³ De bij het KB van 20 juli 1920 geordende wetten betreffende het bediendencontract werden door de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten opgeheven.⁸²⁴

253. *Toepassingsgeval van de benadeling* – Ook met deze bepaling lag een toepassingsgeval van de benadeling voor.⁸²⁵ Er vond wel degelijk een toetsing plaats van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van de contractsluiting. Als toetssteen werd de gebruikelijk toegekende vergoeding uit de regio gehanteerd. Volgens DE BERSAQUES was dit toepassingsgeval ingegeven door de bezorgdheid om het misbruik van de inferieure positie van één van de contractpartijen tegen te gaan.⁸²⁶

⁸¹⁷ G. RIPERT, *Droit maritime*, III, 1923, 138, nr. 2170

⁸¹⁸ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 38.

⁸¹⁹ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 159.

⁸²⁰ Dit is tevens het geval in het Franse recht. Zie LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 392.

⁸²¹ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 493; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 38. Voor Frankrijk: PEROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 121.

⁸²² DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 37; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 37; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 47; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 76.

⁸²³ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 47.

⁸²⁴ Art. 137 wet 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978. In het Franse recht werd in 1906 een wetsontwerp uitgewerkt teneinde de benadeling als vernietigingsgrond te erkennen in de arbeidsovereenkomst. Uiteindelijk is het ontwerp nooit wet geworden (OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 161; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256, voetnoot 1). Doorheen de geschiedenis is er in Frankrijk wel veel aandacht besteed aan de (mogelijke) rol van de benadeling in arbeidsovereenkomsten (OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 161 e.v.). Dat heeft zich ook in een aantal wettelijke bepalingen weerspiegeld. Zo handelden een reeks decreten van 10 augustus 1899, vervangen door decreten van 10 april 1937, over de situatie van aannemers die contracteerden met de Staat, de departementen, de gemeenten of publieke instellingen. Deze decreten bepaalden dat de aannemer er zich toe verbond een normaal loon te betalen aan alle categorieën van werknemers overeenkomstig de gebruiken uit de sector (OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 165; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256-257).

⁸²⁵ DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 37; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 37; P. HORION, *Précis de droit social belge*, 1958, 70; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 47; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 76.

⁸²⁶ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 493. Net als bij de koop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw, lijkt DE PAGE in deze bepaling een toepassing van de gekwalificeerde benadeling te zien (DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 170). Zie *infra*, 370.

§4. Lening op interest (artikel 1907ter B.W.)

254. *Principe* – De vrijheid van de contractpartijen om bij een lening op interest de rentevoet te bepalen, was op het einde van de 19^e eeuw op burgerrechtelijk vlak aan geen enkele wettelijke beperking onderworpen.⁸²⁷ De rechtspraak beperkte deze vrijheid echter wel door woekerrentes te sanctioneren via de rechtsbegrippen *goede zeden* en *(on)geoorloofde oorzaak*.⁸²⁸ Pas in 1935 werd de onbeperkte vrijheid van partijen (voornamelijk van de uitlener), wettelijk afgezwakt door de invoering van artikel 1907ter in het Burgerlijk Wetboek via het KB n^o 148 van 18 maart 1935.⁸²⁹ Artikel 1907ter, lid 1 B.W. bepaalt als volgt: “*Onverminderd de toepassing van de bepalingen tot bescherming der onbekwamen of betreffende de geldigheid der overeenkomsten, indien de uitlener, met misbruik van de behoeften, van de zwakheden, van de hartstochten of van de onwetendheid van de lener, zich, voor zichzelf of voor anderen, een interest of andere voordelen heeft doen beloven, die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden, vermindert de rechter, op vordering van de lener, diens verplichtingen tot de terugbetaling van het geleende kapitaal en de betaling van de wettelijke interest.*”

255. *Toepassingsgebied en -voorwaarden* – Artikel 1907ter B.W. is enkel van toepassing op de lening op interest van een som geld.⁸³⁰ Kredietopening op rekening-courant en koop op afbetaling vallen niet onder het toepassingsgebied.⁸³¹ Artikel 1907ter B.W. is evenmin van toepassing op kredietovereenkomsten die onder het toepassingsgebied van de wet op het consumentenkrediet of de wet tot regeling van de verkoop op afbetaling vallen, gelet op de specifieke bescherming die deze bijzondere wetten bieden.⁸³²

Opdat de rechter op basis van artikel 1907ter B.W. de verplichtingen van de lener tot terugbetaling van het geleende kapitaal en de betaling van de wettelijke interest zou kunnen verminderen, dienen *twee voorwaarden* cumulatief vervuld te zijn.⁸³³ Vooreerst moet worden aangetoond dat de uitlener voor zichzelf of voor anderen een interest of andere voordelen heeft doen beloven die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden. Met *de beloofde interest of andere voordelen* wordt bedoeld op de globale kostprijs van de lening.⁸³⁴ Daarnaast moet worden aangetoond dat de bovenmatige interest bedongen werd met misbruik van de behoeften, van de zwakheden, van de hartstochten of van de onwetendheid van de ontlenner.⁸³⁵ De rechter beschikt bij deze beoordeling over een ruime appreciatiemarge.⁸³⁶ Indien de

⁸²⁷ De wet van 5 mei 1865 inzake lening op interest stelt de contractvrijheid van partijen inzake de vastlegging van de rentevoet voorop. Op strafrechtelijk vlak werd het gebruik van woekerinteresten wel reeds gesanctioneerd. Zie C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 496; V. VERCAMMEN-VAN DEN DONDER, “Commentaar bij artikel 1907ter B.W.”, X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2002, losbl., 88.

⁸²⁸ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 497. Zie *infra*, nr. 296-297.

⁸²⁹ KB nr. 148 18 maart 1935 betreffende de woeker, *BS* 20 maart 1935.

⁸³⁰ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 499.

⁸³¹ Rb. Charleroi 8 juni 2000, *TBH* 2001, 781, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Brussel 6 september 1999, *TBH* 2000, 703, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 499.

⁸³² Rb. Kortrijk 11 september 1998, *Jaarboek Kredietrecht* 1998, 95, noot C. BIQUET-MATHIEU, *T. Vred.* 1998, 594, noot, V & F 1999, 34, noot; Rb. Kortrijk 29 april 1994, *T. Vred.* 1995, 130.

⁸³³ Rb. Namen 22 juni 1989, *RRD* 1989, 500.

⁸³⁴ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 503.

⁸³⁵ Gent 8 februari 2006, *TGR* 2007, 11. Voor een concrete invulling van dit criterium, zie C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 500-503.

⁸³⁶ Rb. Namen 22 juni 1989, *RRD* 1989, 500; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 226. Voor een toepassingsgeval: Rb. Charleroi 24 januari 1989, *JLMB* 1991, 530; *TBBR* 1989, 501.

toepassingsvoorwaarden vervuld zijn, vermindert de rechter de verplichtingen van de lener tot de terugbetaling van het geleende kapitaal en de betaling van de wettelijke interest. Opvallend is dat als sanctie niet geopteerd werd voor de nietigheid, maar voor de matiging.⁸³⁷ De vordering dient te worden ingesteld binnen de drie jaren vanaf de dag van de betaling.⁸³⁸

256. *Andere oplossing: maximale interestvoeten* – Een andere manier om woekerinteresten aan te pakken bestaat in het opleggen van maximale interestvoeten. Van zodra de interestvoet de wettelijk opgelegde maximale interestvoet overschrijdt, dient de wettelijk voorziene sanctie te worden toegepast.⁸³⁹ Deze oplossing werd in het Belgische recht weerhouden in de wet op het consumentenkrediet.⁸⁴⁰ Ook het Franse recht koos voor deze oplossing.⁸⁴¹ Met deze bepaling inzake woekerinteresten wordt volgens een aantal Franse auteurs de benadeling bij geldlening gesanctioneerd.⁸⁴²

257. *Toepassing van de gekwalificeerde benadeling* – Naast een objectief element van benadeling, *in casu* een bedongen interest of andere voordelen die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden, vereist artikel 1907ter B.W. tevens de aanwezigheid van misbruik van de behoeften, van de zwakheden, van de hartstochten of van de onwetendheid van de lener. Deze bepaling wordt dan ook terecht beschouwd als een toepassing van de eerder door KLUYSKENS aangebrachte theorie van de gekwalificeerde benadeling.⁸⁴³ De wetgever had met deze bepaling de duidelijke bedoeling om de ontlener en zijn vrije wil te beschermen ten aanzien van de medecontractant.⁸⁴⁴

§5. Verkoop van een handelszaak in het Franse recht (Loi du 29 juin 1935)

258. *Situering* – De gevolgen van de oorlog en de economische crisis van de jaren '30 lagen aan de grondslag van een nieuw toepassingsgeval van de benadeling in het Franse recht, met name bij de verkoop van een handelszaak.⁸⁴⁵ Bij de voorlopige wet van 29 juni 1935 werd aan de benadeelde koper

⁸³⁷ Zie C. DEL MARMOL, *La répression de l'usure*, 1943, 410; P. WERY, "Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale", in Y. POULLET (ed.), *Liber Amicorum Michel Coipel*, 2004, (467) 476-477.

⁸³⁸ Art. 1907ter, lid 2 B.W.

⁸³⁹ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 523.

⁸⁴⁰ Art. 21 wet consumentenkrediet. Zie C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 520 en 524.

⁸⁴¹ Art. 313-3, lid 1 *Code de la consommation* bepaalt als volgt: "Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier." (Loi n° 66-1010 van 28 december 1966, vervangen door art. 313-3 *Code de la consommation*)

⁸⁴² BENABENT, *Les obligations*, 2005, 121; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 195; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 392; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 356; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 316.

⁸⁴³ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, 1998, 498; C. CAUFFMAN, "Gekwalificeerde benadeling", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 192; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 52; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 170; DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 84; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 38; P.A. FORIERS, "L'objet", in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, (65) 80-81; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1511; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 76; VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 266 en 269; V. VERCAMMEN-VAN DEN DONDER, "Commentaar bij artikel 1907ter B.W.", X. (ed.), *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2002, losbl., 91. Meer hierover, zie *infra*, nrs. 299 e.v.

⁸⁴⁴ DE PAGE, *Traité*, IV, 1951, 327, noot 2.

⁸⁴⁵ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 156; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 83. Zie tevens GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768, voetnoot 29.

van een handelszaak een vordering tot vermindering van de aankoop prijs ter beschikking gesteld ingeval hij voor meer dan 1/3^e benadeeld was.⁸⁴⁶ Deze wet kende slechts een tijdelijke toepassing met de bedoeling de gevolgen van de economische crisis te temperen.⁸⁴⁷ De periode voorafgaand aan deze wet werd immers gekenmerkt door een groot aantal niet-handelaars die handelszaken opkochten, enkel en alleen met de bedoeling om ze later te verkopen aan een zo hoog mogelijke prijs. Doordat de meeste kopers deze handelszaken op krediet kochten en nadien niet de verhoopte winst boekten, kon de bank niet worden terugbetaald en dreigde een economische crisis.⁸⁴⁸ De wet kende een vordering wegens benadeling toe aan de koper, die beschouwd werd als een zwakke contractpartij die bescherming behoeft. De verkoper werd geacht de drang van de koper om te profiteren van de economische omstandigheden, te hebben uitgebuit.⁸⁴⁹

§6. Overdracht van exploitatierecht in het Franse recht (Artikel L. 131-5 Code de la propriété intellectuelle)

259. *Situering* – Een bijzondere toepassing van de benadeling in het Franse recht is neergelegd in artikel 131-5 *Code de la propriété intellectuelle*.⁸⁵⁰ Dat artikel bepaalt dat de auteur die de exploitatierechten over zijn werk tegen een forfaitaire vergoeding heeft overgedragen, de herziening van de contractuele prijsvoorwaarden kan vorderen. Hij is gerechtigd deze herziening te vorderen, indien hij schade heeft geleden ten bedrage van meer dan 7/12^e van de aan hem verschuldigde vergoeding, ofwel ten gevolge van een benadeling, ofwel ten gevolge van een te lage inschatting van de aan de exploitatie van het werk te relateren opbrengsten. De benadeling wordt beoordeeld rekening houdend met het geheel van de exploitatie door de overnemer van de werken van de auteur.⁸⁵¹

260. *Toepassing van de benadeling* – Met artikel 131-5 *Code de la propriété intellectuelle* kent de wetgever aan de auteur, naast een vordering gebaseerd op imprevisie⁸⁵², een vordering wegens benadeling toe. De vordering kan door de auteur slechts worden ingesteld, indien de vergoeding op forfaitaire wijze werd vastgesteld. Om de benadeling vast te stellen, zou de forfaitaire vergoeding vergeleken kunnen worden met de waardering van zijn werk door het publiek op het ogenblik van de

⁸⁴⁶ BEUDANT, *Cours*, VIII, 1936, 182; H. MAZEAUD, “Considérations sur la lésion”, *JT* 1946, (265) 267; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 256; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 317.

⁸⁴⁷ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768. Voor een uitgebreide bespreking van deze wetgeving, zie VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 85 e.v.

⁸⁴⁸ PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 121.

⁸⁴⁹ VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 85.

⁸⁵⁰ Deze bepaling was vóór het ontstaan van de *Code de la propriété intellectuelle* neergelegd in art. 37 van de Franse auteurswet van 11 maart 1957. Zie BENABENT, *Les obligations*, 2005, 121; BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, 1999, 242; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 196; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 128; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 356; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 315-316.

⁸⁵¹ Art. L 131-5 *Code de la propriété intellectuelle*: “En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat. Cette demande ne pourra être formée que dans le cas où l'œuvre aura été cédée moyennant une rémunération forfaitaire. La lésion sera appréciée en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé.”

⁸⁵² Art. 131-5 *Code de la propriété intellectuelle* kent aan de auteur immers ook een vordering toe voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van een te lage inschatting van de aan de exploitatie van het werk gerelateerde opbrengsten. Deze vordering vormt veeleer een toepassing van de imprevisie, aangezien de forfaitaire vergoeding in dat geval herzien kan worden in functie van gebeurtenissen of feiten die zich hebben voorgedaan na de contractsluiting, bijvoorbeeld een onverhoopt succes van de uitgave van een werk. Zie P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 1999, 415-416; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 391; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 126; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 128.

contractsluiting, of met de door andere auteurs van hetzelfde genre onderhandelde vergoeding.⁸⁵³ Als sanctiëring van de benadeling werd de herziening van het contract verkozen boven de vernietiging ervan.⁸⁵⁴ Vreemd genoeg heeft de Franse wetgever de benadelingsgraad gewoon overgenomen van de benadelingsvordering bij de verkoop van onroerende goederen.⁸⁵⁵

261. *Benadeling in het Belgische auteursrecht* – Het Belgische auteursrecht kent geen gelijkaardige toepassing van de benadeling. Artikel 3, §1, lid 4 auteurswet bepaalt dat voor elke exploitatiewijze de vergoeding voor de auteur uitdrukkelijk moet worden bepaald. Over de hoegrootheid van de vergoeding stelt de wettekst niets, zelfs niet in de zin van een algemene verklaring dat de vergoeding billijk, aangepast of redelijk zou moeten zijn.⁸⁵⁶ In een aantal bijzondere gevallen gaat de wetgever wel verder en bepaalt hij dat de vergoeding in verhouding moet staan met de opbrengsten die uit de exploitatie voortvloeien, d.i. de zogenaamde *succesclausule*.⁸⁵⁷ Deze bepaling is vergelijkbaar met artikel 131-5 *Code de la propriété intellectuelle* die voorziet in de mogelijkheid om de vergoeding van de auteur aan te passen in functie van de opbrengsten die de exploitatie van het werk oplevert na de contractsluiting. Zoals reeds aangegeven, vormt dergelijke bepaling geen toepassing van de benadeling, maar veeleer van imprevisie.

262. *Benadeling in het Duitse auteursrecht* – In het Duitse auteursrecht is wel een gelijkaardige bepaling als artikel 131-5 *Code de la propriété intellectuelle* opgenomen. In artikel 32, lid 1 is het recht op een redelijke vergoeding voor de auteur neergelegd.⁸⁵⁸ Deze bepaling van dwingend recht werd in 2002 ingevoerd. Deze bepaling biedt de auteur een verregaande bescherming: de auteur die oordeelt dat de vergoeding voor de overdracht van zijn exploitatierechten te gering is, heeft het recht om de herziening van het contract te vorderen, teneinde alsnog een billijke vergoeding te bekomen.⁸⁵⁹

Het begrip *billijke vergoeding* wordt niet in de wet gedefinieerd. Wel bepaalt artikel 32, lid 2 UrhG dat een vergoeding vastgesteld overeenkomstig een collectieve vergoedingsregel bedoeld in artikel 36 UrhG, billijk is. Indien er geen collectieve vergoedingsregel bestaat of deze geen toepasselijk tarief vermeldt, is de maatstaf de gebruikelijke vergoeding die in de praktijk van de branche eerlijk wordt bevonden.⁸⁶⁰

⁸⁵³ P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 1999, 415. In andere zin: A. en H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2001, 436 e.v.

⁸⁵⁴ PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 128.

⁸⁵⁵ PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 128.

⁸⁵⁶ F. GOTZEN, *Auteursrecht*, 2002, 135-136.

⁸⁵⁷ Art. 19 auteurswet bepaalt inzake de audiovisuele werken als volgt: “Behoudens andersluidend beding wordt het bedrag van de vergoeding bepaald in verhouding tot de bruto-ontvangsten die uit de exploitatie voortvloeien”. Art. 26 auteurswet bepaalt inzake het uitgavecontract als volgt: “De uitgever verbindt er zich toe, tenzij anders is bepaald, aan de auteur een vergoeding uit te keren die in verhouding staat tot de bruto-ontvangsten. Indien de auteur de uitgaverechten heeft overgedragen op zodanige voorwaarden dat, gelet op het succes van het werk, de bedongen forfaitaire vergoeding kennelijk niet evenredig is aan de winst bij de exploitatie van dat werk, moet de uitgever, op verzoek van de auteurs, de vergoeding wijzigen teneinde hem op billijke wijze te laten delen in de winst. De auteur kan vooraf geen afstand doen van dat recht.” Art. 32 auteurswet stelt een gelijkaardige bepaling voorop inzake het opvoeringscontract.

⁸⁵⁸ Art. 32, lid 1 UrhG (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) stelt het volgende: “Der Urheber hat für die Einräumung von Nutzungsrechten und die Erlaubnis zur Werknutzung Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, gilt die angemessene Vergütung als vereinbart. Soweit die vereinbarte Vergütung nicht angemessen ist, kann der Urheber von seinem Vertragspartner die Einwilligung in die Änderung des Vertrages verlangen, durch die dem Urheber die angemessene Vergütung gewährt wird.”

⁸⁵⁹ G. DREYER, J. KOTTHOFF en A. MECKEL, *Urheberrecht*, 2004, 445 e.v.

⁸⁶⁰ Art. 32, lid 2 UrhG bepaalt het volgende: “Eine nach einer gemeinsamen Vergütungsregel (§ 36) ermittelte Vergütung ist angemessen. Im Übrigen ist die Vergütung angemessen, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit, insbesondere nach dauer und Zeitpunkt der Nutzung, unter Berücksichtigung alle Umstände üblicher- und redlicherweise zu leisten ist.”

§7. Herziening van de kostenverdeling bij mede-eigendom in het Franse recht (Loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis)

263. *Situering* – Een aantal Franse auteurs beschouwen ook artikel 12 van de Franse wet van 10 juli 1965 op de mede-eigendom als een toepassingsgeval van de benadeling.⁸⁶¹ Op basis van deze bepaling kan iedere mede-eigenaar een herziening van de kostenverdeling vragen, indien blijkt dat zijn aandeel of het aandeel van een andere mede-eigenaar in de kosten meer dan 1/4^e hoger of lager ligt dan het aandeel dat zou voortvloeien uit een verdeling conform de wet. De vordering kan leiden tot een nieuwe kostenverdeling en moet worden ingesteld binnen de vijf jaar na de publicatie van het reglement van mede-eigendom.⁸⁶²

264. *Belgische recht* – In het Belgische recht kan iedere mede-eigenaar overeenkomstig artikel 577-9, §6, 2° B.W. de rechter verzoeken om de verdelingswijze van de lasten te wijzigen, indien deze een persoonlijk nadeel veroorzaakt, evenals de berekening ervan te wijzigen, indien deze onjuist is of onjuist is geworden ingevolge aan het gebouw aangebrachte wijzigingen. Ook op basis van het Belgische recht kan derhalve een herziening van de kostenverdeling gevorderd worden, indien het aandeel van één van de mede-eigenaars in de kosten hoger of lager ligt dan zijn aandeel in de eigendom. Dit kan als een bijzondere toepassing van de eerder besproken bepaling bij verdeling (art. 887 e.v. B.W.) worden beschouwd.⁸⁶³

§8. Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten⁸⁶⁴

265. *Situering* – Overeenkomstig artikel 38 van de wet van 2 augustus 2002 worden zij die, door misbruik te maken van de zwakheid of onwetendheid van anderen, transacties in financiële instrumenten uitvoeren tegen een prijs of onder voorwaarden die klaarblijkelijk niet in verhouding staan tot de reële waarde van deze instrumenten, schuldig bevonden aan oplichting en gestraft met de in artikel 496 Sw. bepaalde straffen.

266. *Toepassingsgeval van de benadeling* – DEMUYNCK meent dat hiermee een toepassingsgeval van de benadeling voorligt.⁸⁶⁵ Deze bepaling brengt inderdaad een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van het sluiten van de transactie met zich mee. De benadeling dient te worden vastgesteld door de betaalde prijs of de toegepaste voorwaarden te

⁸⁶¹ Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JO 11 juli 1965. Zie FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 196; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 124; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 356.

⁸⁶² FLOUR haalt tevens artikel 46 van dezelfde wet aan als toepassingsgeval van de benadeling. Dit artikel gaat over de verplichte vermelding van de oppervlakte van de privatieve delen van een lot in mede-eigendom in de koopovereenkomst. Lid 7 en 8 van art. 46 bepalen als volgt: “Si la superficie est inférieure de plus d’un vingtième à celle exprimée dans l’acte, le vendeur, à la demande de l’acquéreur, supporte une diminution du proportionnelle à la moindre mesure. L’action en diminution du prix doit être intentée par l’acquéreur dans un délai d’un an à compter de l’acte authentique constatant la réalisation de la vente, à peine de déchéance.” (FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 196). Deze vordering doet denken aan de vordering op basis van de art. 1616 e.v. B.W., indien de omvang van het gekochte goed groter of kleiner blijkt te zijn dan de omvang die bij de contractsluiting was opgegeven. In dat geval beschikt de verkoper respectievelijk de koper over een vordering tot aanvulling of vermindering van de prijs. Deze vordering vormt echter geen toepassing van de benadeling. Het betreft veeleer een toepassing van het wilsgebrek dwaling, gelet op de verkeerde opgave van de oppervlakte. Meer hierover, zie DE PAGE en MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Traité*, IV, 1997, 214-217.

⁸⁶³ *Supra*, nrs. 207 e.v.

⁸⁶⁴ BS 4 september 2002.

⁸⁶⁵ DEMUYNCK bespreekt in haar proefschrift nog de oude wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs (BS 3 juni 1995), die nadien gewijzigd werd door o.m. de wet van 2 augustus 2002.

vergelijken met de werkelijke waarde van de instrumenten. Hoewel geen maatstaven vooropgesteld worden om deze werkelijke waarde te achterhalen, levert dit geen echte problemen op, vermits het beursgenoteerde instrumenten zijn en hun beurskoers of -notering derhalve een objectief referentiepunt is ter bepaling van hun werkelijke waarde.⁸⁶⁶ Aangezien als bijkomende toepassingsvoorwaarde vereist wordt dat misbruik gemaakt wordt van de zwakheid of de onwetendheid van anderen, moet echter besloten worden dat deze bepaling veeleer gelijkenissen vertoont met de gekwalificeerde benadeling. Wel moet daarbij voor ogen worden gehouden dat een schending van artikel 38 onder de wet van 2 augustus 2002 in beginsel enkel tot strafsancties aanleiding geeft.

§9. Artikel 2043sexies, §2 inzake de kosteloze borgtocht

267. *Situering* – Bij wet van 3 juni 2007 werd in Titel XIV van Boek III van het Burgerlijk Wetboek een nieuw Hoofdstuk V inzake de kosteloze borgtocht ingevoegd.⁸⁶⁷ Om onder de nieuwe wet te vallen, moet een kosteloze borgtocht voorliggen door een fysieke persoon ten gunste van een schuldeiser, d.i. iedere verkoper in de zin van artikel 1 WHPC⁸⁶⁸, voor om het even welke schuld van om het even welke hoofdschuldenaar (fysieke persoon of rechtspersoon).⁸⁶⁹

268. *Nietigheid bij kennelijke wanverhouding* – De meest fundamentele bepaling uit de nieuwe wet is neergelegd in artikel 2043sexies, §2 B.W.: “Op straffe van nietigheid kan er geen borgtocht worden afgesloten waarvan het bedrag kennelijk niet in verhouding staat tot de terugbetalingsmogelijkheden van de borg, waarbij deze mogelijkheid beoordeeld moet worden in het licht van de roerende en onroerende goederen en inkomsten van deze laatste.” Volgens de parlementaire voorbereiding wil men hiermee voorkomen dat een borg die gevraagd wordt zijn waarborg te stellen voor een bepaald kredietbedrag (vaak identiek aan het gewaarborgde kredietbedrag), zonder het te beseffen een borgtochtovereenkomst ondertekent die bepaalt dat hij voor dat bedrag ook instaat voor andere en latere schulden die voortspruiten uit de zakenrelatie tussen de kredietgever en de schuldenaar.⁸⁷⁰ DIRIX benadrukt op zijn beurt dat artikel 2043sexies, §2 B.W. ook gezien moet worden tegen de achtergrond van de leerstukken van de wilsgebreken en de gekwalificeerde benadeling.⁸⁷¹

De kosteloze borgtocht die aangegaan wordt door een fysieke persoon is nietig, wanneer die kennelijk onevenredig is met de eigen financiële mogelijkheden op het ogenblik van het sluiten van de borgstellingsovereenkomst.⁸⁷² Deze bepaling is van dwingend recht, en wordt derhalve gesanctioneerd met een relatieve nietigheid.⁸⁷³ De toetsing betreft de aflossingscapaciteit, beoordeeld in het licht van het vermogen en de inkomsten van de borgsteller, zoals die bestond op het ogenblik van de

⁸⁶⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 256.

⁸⁶⁷ BS 27 juni 2007. Voor een algemene bespreking van deze nieuwe wet, zie o.m. C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, 2008, 23-100; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, 239-258; E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, 218-223.

⁸⁶⁸ Nu het begrip *onderneming*, in de zin van art. 2, 1° WMC.

⁸⁶⁹ Art. 2043bis B.W.

⁸⁷⁰ C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, (239) 252.

⁸⁷¹ E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, (218) 222.

⁸⁷² E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, (218) 218-219.

⁸⁷³ E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, (218) 219. Sommige auteurs beschouwen dit als een te radicale sanctie. Zie C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, 2008, (23) 53.

totstandkoming van de overeenkomst.⁸⁷⁴ Het onevenwicht moet kennelijk zijn. Er mag derhalve over het bestaan ervan geen redelijke discussie kunnen rijzen.⁸⁷⁵

269. *Artikel L. 313-10 en 341-4 Franse Code de la consommation* – BENABENT maakt melding van een gelijkaardige bepaling in de Franse *Code de la consommation*.⁸⁷⁶ Wanneer een fysieke persoon een borgtocht afsluit bij een professionele schuldeiser waarbij het engagement van de borg op het ogenblik van het afsluiten van de borgtocht in manifeste wanverhouding staat tot zijn goederen en inkomsten, dan kan de professionele schuldeiser zich niet beroepen op de borgtocht, op voorwaarde dat het vermogen van deze borgsteller, op het ogenblik van een beroep op de borgstelling, hem niet toelaat zijn verbintenis te voldoen.⁸⁷⁷ Hetzelfde beginsel geldt voor de kredietinstellingen die in het kader van een consumentenkrediet of een hypothecair krediet dergelijke borgtocht hebben afgesloten met een fysieke persoon.⁸⁷⁸ In tegenstelling tot het Belgische recht, wordt in het Franse recht wel een voorbehoud gemaakt voor de situatie waar bij de uitvoering van de borgtocht blijkt dat de borg wel in staat is om aan zijn betaalverplichtingen te voldoen.⁸⁷⁹

270. *Avant-Projet relatif à la réforme du droit des sûretés* – Artikel 2305 van het *Avant-Projet de réforme sûretés* bevat volgende gelijkaardige bepaling voor een borgtocht aangegaan door een fysieke persoon voor niet-professionele doeleinden: “*Le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s’il apparaît qu’il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation.*” O.m. met deze bepaling onderstreepte de hevormingswerkgroep, voorgezeten door GRIMALDI, het belang van de bescherming van de fysieke persoon-borgsteller.⁸⁸⁰ Deze bepaling werd uiteindelijk niet overgenomen in de Ordonnantie n° 2006-346 relative aux sûretés van 23 maart 2006.⁸⁸¹

271. *Het Duitse recht* – Ook in de Duitse rechtspraak werd aandacht besteed aan het contractueel evenwicht inzake borgtochten die door een particulier worden toegekend aangaande een lening die door een kredietinstelling aan een familielid werd verstrekt. Na jaren van uiteenlopende rechtspraak door twee kamers van het Bundesgerichtshof⁸⁸² wordt sinds 2000 aangenomen dat er een weerlegbaar vermoeden van immoraliteit in de zin van §138, lid 1 BGB bestaat, wanneer er, enerzijds, een ernstig onevenwicht voorligt tussen het bedrag van de zekerheid en het inkomen en de eigendom van de borgsteller, en anderzijds, een nauwe band bestaat tussen de borgsteller en de hoofdschuldenaar.⁸⁸³

⁸⁷⁴ C. BIQUET-MATHIEU en S. NOTARNICOLA, “La protection des sûretés personnelles dites faibles – Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, 2008, (23) 54; C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, (239) 253.

⁸⁷⁵ C. CAUFFMAN en B. MAILLEUX, “De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht”, *Not. Fisc. M.* 2007, (239) 253; E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, (218) 222.

⁸⁷⁶ BENABENT, *Les obligations*, 2005, 121.

⁸⁷⁷ Art. L. 341-4 *Code de la consommation*.

⁸⁷⁸ Art. L. 313-10 *Code de la consommation*.

⁸⁷⁹ Zie ook E. DIRIX, “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, (218) 222, die in het Belgische recht een mogelijk uitweg ziet via een beroep door de schuldeiser op de verplichting om de overeenkomst te goeder trouw uit te voeren.

⁸⁸⁰ Zie Rapport du Groupe de Travail, 28 maart 2005, 6-7, te raadplegen op www.henricapitant.org.

⁸⁸¹ JO 24 maart 2006.

⁸⁸² Zie gedetailleerder bij VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 130.

⁸⁸³ BGH 27 januari 2000, *NJW* 2000, 1182. Zie aangaande deze problematiek ook C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 296 e.v. en J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 505 e.v.

272. *Toepassing van de extrinsieke benadeling* – Met artikel 2043*sexies*, §2 B.W. ligt een bepaling voor die verwant is aan de benadelingsfiguur bij minderjarigen. Daar kon de rechtshandeling gesteld door de minderjarige niet enkel vernietigd worden in geval van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, maar ook bij een onevenwicht tussen de vermogensrechtelijke implicaties van de hoofdprestatie van de minderjarige en zijn vermogenstoestand.⁸⁸⁴ Met artikel 2043*sexies*, §2 B.W. wordt geen toetsing doorgevoerd tussen de contractuele hoofdprestaties, maar wel een toetsing tussen de hoofdprestatie van de borg en zijn inkomsten en vermogen op het ogenblik van de contractsluiting. Dat is een toepassing van wat in het kader van de benadelingsregel bij minderjarigen, de *extrinsieke benadeling* werd genoemd.⁸⁸⁵ Deze bepaling kadert ook binnen de tendens tot materialisering van de contractvrijheid, en kan in die zin als een compenserend instrument worden beschouwd.

AFDELING VI. BENADELING IN ANDERE (RECENTERE) CODIFICATIES

273. *Overzicht* – Na een bespreking van de (vermeende) toepassingsgevallen van de benadeling in het Burgerlijk Wetboek en in latere bijzondere Belgische en Franse wetgeving, richten we onze aandacht vervolgens op enkele andere, recentere codificaties. Zo komen achtereenvolgens kort aan bod het Nederlandse recht, het Duitse recht en het Franse *Avant-Projet de réforme*. Tot slot bestuderen we de benadeling ook in enkele harmoniseringsinitiatieven.

§1. Benadeling in het Nederlandse recht

A. Inleiding

274. *Verwerping als algemene vernietigingsgrondslag* – De Nederlandse wetgever heeft in 1838 als uitgangspunt de bepaling van artikel 1118 B.W. overgenomen. Het oude Nederlandse artikel 1486 B.W. luidde immers dat “uit hoofde van benadeling (...) minderjarigen alleen de vernietiging der verbintenissen (kunnen) vorderen, in de bijzondere gevallen bij de wet voorzien.”⁸⁸⁶ Het Nederlandse recht erkende bijgevolg de benadeling niet als een algemene vernietigingsgrondslag. In het huidige N.B.W. is evenmin een zelfstandig leerstuk van benadeling opgenomen. Het loutere onevenwicht tussen de hoofdprestaties staat de geldigheid van de rechtshandeling niet in de weg.⁸⁸⁷

275. *Discussie in de doctrine* – In de jaren dertig van de 20^e eeuw pleitten verschillende Nederlandse auteurs voor de introductie van de benadeling als algemene grondslag tot vernietiging van rechtshandelingen.⁸⁸⁸ Deze pleidooien hebben geleid tot een fel debat, dat vanaf de jaren zestig is

⁸⁸⁴ *Supra*, nr. 177 en 183.

⁸⁸⁵ Zie ook VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 279-280, die daarnaast ook volgende bepalingen inzake persoonlijke zekerheden aanhaalt ter illustratie van “la lésion mesurée à l’aune des facultés du débiteur”, in het bijzonder art. 224 B.W., art. 80, lid 3 faillissementswet 1997 en art. 1675/16bis Ger.W.

⁸⁸⁶ ABAS, *Benadeling van de medecontractant*, 2003, 113; P. ABAS, “Iets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het BW”, *WPNR* 2000, (6) 7; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 11.

⁸⁸⁷ T. HARTLIEF, “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 243.

⁸⁸⁸ P.W. KAMPHUISEN, “De leer van het iustum pretium herbeleefd”, *WPNR* 1933, (3314) 273-275 (“Ik hoop in dit artikel aan te tonen, dat de leer niet alleen nog steeds voortleeft in ons recht, maar dat juist in de laatste tientallen jaren het aantal toepassingen zo veelzijdig en veelzijdig wordt, dat men haar in de toekomst zal moeten beschouwen als een van de grondbeginselen van ons contractenrecht.”); N. DE BENEDITTY, “Evolutie van ‘autonome’ naar ‘heteronome’ overeenkomst?”, *WPNR* 1934 (3379), 421-422; C.M.O. VAN NISPEN TOT SEVENAER, “De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgerige grondslag”, *Themis* 98 (1937), 11; G.J. SCHOLTEN, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, 1934, 187 en 188. Voor een overzicht, zie F.W. GROSHEIDE, “Iustum pretium redivivum?”

bekoeld toen steeds meer nieuwe leerstukken van algemeen contractenrecht (bv. misbruik van omstandigheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) en specifieke wettelijke bepalingen van bijzonder contractenrecht (bv. in het arbeidsrecht, huurrecht en consumentenrecht) hun ingang vonden in het Nederlandse recht.⁸⁸⁹ Naast het argument dat andere wettelijke instrumenten bijdragen tot contractueel evenwicht, werd tegen de benadeling als een algemene vernietigingsgrondslag ook opgeworpen dat (i) de benadeling in strijd is met de contractvrijheid en (ii) er geen algemeen criterium voorhanden is voor de vaststelling van de juiste prijs.⁸⁹⁰

In de jaren negentig herleeft de discussie over contractueel evenwicht in de Nederlandse doctrine. Verschillende auteurs pleiten voor meer evenwichtige, contractuele verhoudingen en lijken hiertoe terug te grijpen naar de figuur van de benadeling.⁸⁹¹ Andere auteurs verzetten zich hier evenwel uitdrukkelijk tegen en zijn van oordeel dat het recht niet moet ingrijpen bij onevenwichtige overeenkomsten, maar enkel bij een verstoring van het evenwicht tussen de partijen, zoals het geval is bij misbruik van omstandigheden.⁸⁹²

B. Bijzondere toepassingsgevallen

276. *Inleiding* – Net zoals in het Belgische en Franse recht kende het oude Nederlandse recht uitzonderingen op het algemeen principe van de verwerping van de benadeling als algemene vernietigingsgrond voor rechtshandelingen. We bespreken hierna enkele bepalingen die door de doctrine onder het oude Nederlandse recht stevast werden aangehaald als bijzondere toepassingen van de *iustum pretium*-leer.⁸⁹³ We gaan daarbij ook telkens na of deze uitzondering in het N.B.W. werd overgenomen.

Reflections on the just price doctrine in Dutch contractlaw in the light of its historic roots and recent international developments”, in F.W. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law 2003*, 2004, (69) 81; T. HARTLIEF, “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 240-241; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 111 e.v.

⁸⁸⁹ M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 77-78.

⁸⁹⁰ F.W. GROSHEIDE, “Iustum pretium redivivum? Reflections on the just price doctrine in Dutch contractlaw in the light of its historic roots and recent international developments”, in F.W. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law 2003*, 2004, (69) 84. Zie tevens ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 43; T. HARTLIEF, “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 245 e.v.

⁸⁹¹ P. ABAS, “Iets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het B.W.”, *WPNR* 2000, (6384) 6-8; F.W. GROSHEIDE, “Iustum pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid”, *WPNR* 1996 (6227), 433-438 (“Afgaande van recente publicaties en (aanzetten tot) wetgeving is sprake van een hernieuwde aandacht voor de leer van de rechtvaardige prijs. En dit met reden: het prijsmechanisme is een in het burgerlijk recht ondergewaardeerd instrument om te komen tot evenwichtige contractsverhoudingen.”); M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (6237) 659-664; J.M. SMITS, “Contractuele gebondenheid thans”, *NTBR* 1998, (341) 343 e.v.; J.M. SMITS, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, 1995, 281 e.v. Voor een overzicht, zie F.W. GROSHEIDE, “Iustum pretium redivivum? Reflections on the just price doctrine in Dutch contractlaw in the light of its historic roots and recent international developments”, in F.W. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law 2003*, 2004, (69) 85; T. HARTLIEF, “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 249 e.v.

⁸⁹² T. HARTLIEF, “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 252-253. Zie ook M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 78-79.

⁸⁹³ Opvallend is dat in de Nederlandse doctrine de toepassingsgevallen van de benadeling worden beschouwd als een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer, terwijl dat laatste begrip in het Belgisch recht eerder voorbehouden blijft voor de Middeleeuwse theorie die de benadeling beschouwt als een alomgeldig objectief gebrek in het contract. Zie *supra*, nr. 158-159 en *infra*, nrs. 1085 e.v.

277. *Aanvaarding van nalatenschap* – Het oude artikel 1099, lid 2 B.W. bepaalde dat een meerderjarige niet tegen een door hem gedane aanvaarding van een erfenis kan opkomen doordat hij benadeeld zou zijn, dan alleen in geval de erfenis meer dan de helft is verminderd, ten gevolge van de ontdekking van een op het ogenblik van de aanvaarding onbekende uiterste wilsbeschikking. Deze bepaling is zeer gelijkaardig aan het hierboven besproken artikel 783 B.W.⁸⁹⁴ Terecht hebben ook de meeste Nederlandse auteurs benadrukt dat met deze bepaling geen toepassing van de benadeling voorligt, maar veeleer een toepassing van het wilsgebrek dwaling.⁸⁹⁵

Deze bepaling is niet overgenomen in het N.B.W. Artikel 4:190 N.B.W. betreft de aanvaarding en verwerping van de nalatenschap, en het vierde lid van dit artikel luidt als volgt: “*Een eenmaal gedane keuze is onherroepelijk en werkt terug tot het ogenblik van het openvallen der nalatenschap. Een aanvaarding of verwerping kan niet op grond van dwaling, noch op grond van benadeling van een of meer schuldeisers worden vernietigd.*”

278. *Vernietiging van boedelscheiding* – Overeenkomstig het oude artikel 1158, sub 3 B.W. kunnen boedelscheidingen teniet worden gedaan omwille van een benadeling die meer dan één vierde gedeelte bedraagt. Deze bepaling werd vaak aangehaald als een bijzondere toepassing van de *iustum pretium*-leer.⁸⁹⁶ Andere auteurs beschouwen deze bepaling veeleer als een toepassing van dwaling of misbruik van omstandigheden.⁸⁹⁷ De Hoge Raad trad in een arrest van 30 oktober 1970 de gangbare interpretatie van de hoven en rechtbanken bij. De vernietiging kan enkel gevorderd worden, indien men op het ogenblik van de boedelscheiding niet op de hoogte was van de benadeling. Daaraan werd door de Hoge Raad evenwel toegevoegd dat het feit dat de benadeelde op de hoogte was van de benadeling, niet onder alle omstandigheden de vernietiging uitsluit.⁸⁹⁸

Overeenkomstig het huidige artikel 3:196 N.B.W. is een verdeling, behalve op de algemene voor vernietiging van rechtshandelingen geldende gronden, ook vernietigbaar, “*wanneer een deelgenoot omtrent de waarde van één of meer der te verdelen goederen en schulden heeft gedwaald en daardoor voor meer dan een vierde gedeelte is benadeeld*”. Wanneer een benadeling voor meer dan één vierde is bewezen, wordt de benadeelde vermoed omtrent de waarde van één of meer der te verdelen goederen en schulden te hebben gedwaald.⁸⁹⁹ Om te beoordelen of benadeling heeft plaatsgehad, worden de goederen en schulden der gemeenschap geschat naar hun waarde op het tijdstip van de verdeling. Goederen en schulden die onverdeeld zijn gelaten, worden niet meegerekend.⁹⁰⁰ Overeenkomstig lid 4 van artikel 3:196 N.B.W. is een verdeling niet op grond van dwaling omtrent de waarde van één of meer der te verdelen goederen en schulden vernietigbaar, indien de benadeelde de toedeling te zijnen bate of schade heeft aanvaard. De bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling uit hoofde van benadeling vervalt evenwel, wanneer de andere deelgenoten aan de benadeelde hetzij in geld, hetzij *in natura* opleggen hetgeen aan diens aandeel ontbreekt.⁹⁰¹

⁸⁹⁴ *Supra*, nrs. 227-229.

⁸⁹⁵ LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 112; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 12.

⁸⁹⁶ P. ABAS, “Tets over de rol van het *iustum pretium* in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het BW”, *WPNR* 2000, (6384) (6) 7; F.W. GROSHEIDE, “*Iustum pretium redivivum?* Reflections on the just price doctrine in Dutch contractlaw in the light of its historic roots and recent international developments”, in F.W. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law 2003, 2004*, (69) 81; PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 239.

⁸⁹⁷ Zie P. GROENEBOOM, *De leer der laesio enormis en haar toepassing bij boedelscheiding*, 1942, 84 e.v.; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 9; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 12-13.

⁸⁹⁸ Hoge Raad 30 oktober 1970, *NJ* 1971, 98.

⁸⁹⁹ Art. 3:196, lid 2 N.B.W.

⁹⁰⁰ Art. 3:196, lid 3 N.B.W.

⁹⁰¹ Art. 3:197 N.B.W.

279. *Hulp en berging op zee* – De bepalingen over het hulploot werden ontleend aan een internationaal verdrag en bij wet van 22 december 1924 in artikel 555 Wetboek van Koophandel opgenomen. Artikel 555 luidt als volgt: “*Iedere overeenkomst omtrent hulploot, aangegaan tijdens en onder invloed van het gevaar kan op vordering van een der partijen door den rechter worden vernietigd of gewijzigd, wanneer deze van oordeel is, dat de overeengekomen voorwaarden niet billijk zijn. In ieder geval kan de overeenkomst omtrent het loon op vordering, als vermeld in het eerste lid, door den rechter worden vernietigd of gewijzigd als blijkt, dat de toestemming van een der partijen is gegeven onder den invloed van bedrog of van verzwijging of dat tussen het vastgestelde loon en de bewezen diensten een wanverhouding bestaat.*”⁹⁰² Artikel 555 Wetboek van Koophandel verleent aan beide partijen een vordering. De toestand van gevaar kan de kapitein er toe brengen in te stemmen met een nadelige overeenkomst, maar zou er immers ook toe kunnen leiden dat het reddende schip toestemt met onbillijke voorwaarden. VAN ZEBEN ziet hierin echter geen toepassing van de *iustum pretium*-leer, maar beschouwt het gevaar en het mogelijke misbruik als grondslag van deze bepaling.⁹⁰³ De titel inzake hulp en berging van schepen in het Wetboek van Koophandel, waaronder ook artikel 555, is vervallen per 1 april 1991.

280. *Leonijnse vennootschap* – Oud artikel 1672, lid 1 B.W. bepaalde als volgt: “*Het beding waarbij aan een der vennoten alle de voordelen mogten toegezegd zijn, is nietig*”. Ingevolge het tweede lid is het wel geoorloofd om te bedingen dat “*alle verliezen bij uitsluiting door een of meerdere vennoten zullen gedragen worden*”. Indien het oogmerk om winst te behalen een wezenlijk element van de maatschap vormt, dan is het logisch dat een beding dat tegen dit wezenselement ingaat, ongeoorloofd is. Evenwel kan deze bepaling volgens LEBENS-DE MUG niet beschouwd worden als een toepassing van de benadeling, maar wel als een toepassing van het misbruik van omstandigheden.⁹⁰⁴ Ter staving verwijst deze auteur naar het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 1956, waarin geoordeeld werd dat “*deze bepaling [is] immers gericht is tegen de als societas leonina bekend staande overeenkomst waarbij een der vennoten, misbruik makende van omstandigheden als afhankelijkheid of onervarenheid van zijn mede-vennoten, laatstgenoemden beweegt tot het aangaan van een uitsluitend tot zijn voordeel strekkende overeenkomst*”.⁹⁰⁵

Inzake de maatschap bepaalt artikel 7A:1672 N.B.W. nog steeds dat een beding, waarbij aan één van de vennoten alle voordelen worden toegezegd, nietig is. Het is echter wel geoorloofd te bedingen dat alle verliezen bij uitsluiting door één of meer vennoten zullen worden gedragen.

281. *Misbruik van omstandigheden* – Zoals hierna uitgebreid besproken⁹⁰⁶, vormt de rechtsfiguur *misbruik van omstandigheden* een uitloper van de benadeling in het Nederlandse recht: “*Misbruik van omstandigheden heeft zich op basis van de oude iustum pretium-leer ontwikkeld vanuit de gedachte dat een overeenkomst in geval van ernstige financiële benadeling nietig behoort te zijn. Enkel benadeling werd niet voldoende geacht, de benadeling moet voortgesproten zijn uit misbruik van omstandigheden. Het zwaartepunt verplaatst zich naar het subjectieve element.*”⁹⁰⁷

Ondanks de historische band tussen de benadeling en het misbruik van omstandigheden, zijn de verschillen tussen beide rechtsfiguren aanzienlijk. Daar waar de benadeling een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties veronderstelt, en derhalve een materiële of financiële benadeling,

⁹⁰² Voor de gelijkaardige regeling in het Belgische recht, zie *supra*, nr. 250-251.

⁹⁰³ VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 14.

⁹⁰⁴ LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 25-26 en 112.

⁹⁰⁵ Hoge Raad 6 juni 1956, *NJ* 1957, 333, tevens besproken door RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 156. *Supra*, nr. 232.

⁹⁰⁶ *Infra*, nrs. 448 e.v.

⁹⁰⁷ HARTKAMP, *NJB* 1972, 379, aangehaald door LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 117.

vereist het misbruik van omstandigheden geen bepaalde vorm of mate van benadeling. Daarenboven is bij misbruik van omstandigheden vereist dat de benadeelde aantoonde dat de wederpartij misbruik maakte van de situatie waarin de benadeelde zich ten tijde van de contractsluiting bevond. In die zin vindt de sanctionering bij het misbruik van omstandigheden plaats omwille van de gebrekkige wil van de benadeelde, terwijl bij de benadeling de overeenkomst omwille van haar inhoud onaanvaardbaar is.⁹⁰⁸

§2. Benadeling in het Duitse recht

282. *Woekerverbod* – Het Duitse BGB was de eerste codificatie die de benadeling als vernietigingsgrond volledig verwerpt. Hiertoe werd in de Memorie van Toelichting van het wetboek aangegeven dat “für dieses in den heutigen Verkehrsanschauungen nicht mehr gegründete, für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährliche Rechtsmittel” geen plaats meer is.⁹⁰⁹ Met die beslissing van de wetgever is de benadeling in het Duitse recht niet langer voldoende om tot de vernietiging van de rechtshandeling te leiden. De benadeling wordt in het Duitse recht pas in overweging genomen, indien deze tot stand is gekomen door een misbruik van bepaalde omstandigheden. De toepassing hiervan is in het Duitse recht neergelegd in het hierna besproken woekerverbod, opgenomen in §138 BGB.⁹¹⁰

283. *Leonijns beding* – Ook in het Duitse recht is een – weliswaar beperkte – wettelijke basis opgenomen voor het verbod op leonijnse bedingen. Zo bepaalt artikel 231, lid 2 *Handelsgesetzbuch* bepaalt inzake de stille vennootschap als volgt: “Im Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, dass der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt sein soll; seine Beteiligung am Gewinn kann nicht ausgeschlossen werden”. Deze bepaling is van dwingend recht, maar indien deze weg bedongen wordt, zal de sanctie bestaan in een herkwalificatie van de stille vennootschap (bv. in een al dan niet kosteloze lening).⁹¹¹ Voor het overige kent het Duitse recht niet echt een verbod op leonijnse bedingen. Uitsluiting van de winst en ontheffing van verliesbijdragen is mogelijk, op voorwaarde dat deze bedingen in overeenstemming zijn met artikel 138 BGB.⁹¹²

§3. Benadeling in het Franse Avant-Projet de réforme

284. *Inleiding* – PORTALIS kwalificeerde de invoering van de *Code civil* in 1804 als “le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir”. Anno 2007 benadrukt CABRILLAC echter dat “les codes n’échappent pas aux effets du temps qui passe et la sécurité juridique qu’ils apportent s’érode inévitablement au fil des ans”.⁹¹³ De viering van het tweehonderdjarige bestaan van de *Code civil* in 2004 vormde een ideale gelegenheid om, naast het succes van het wetboek, ook de tekortkomingen ervan te belichten. Vooral de teksten inzake het verbintenissenrecht waren immers nagenoeg ongewijzigd gebleven sinds 1804, en dit ondanks de sterk gewijzigde economische en

⁹⁰⁸ LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 117-118. Zie uitgebreider *infra*, nrs. 451 e.v.

⁹⁰⁹ Motive II, 321, aangehaald door ABAS, *Benadeling van de medecontractant*, 2003, 86. Zie ook W.G. SCHULZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, 1973, 110.

⁹¹⁰ Zie uitgebreid *infra*, nrs. 468 e.v.

⁹¹¹ B. GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, 2005, 163. Zie ook S. GNEDASI, *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 15 e.v.

⁹¹² S. GNEDASI, *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, 2008, 51.

⁹¹³ Zie R. CABRILLAC, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription”, 1, tekst naar aanleiding van het Colloquium te Kortrijk op 21 september 2007 ‘La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?’.

sociale context.⁹¹⁴ Geïnspireerd door enkele buitenlandse succesvolle nieuwe wetboeken⁹¹⁵, werd in 2003 een werkgroep opgericht onder de hoede van de Association Capitant en onder leiding van professor CATALA. De werkzaamheden van deze werkgroep mondden in 2005 uit in het *Avant-Projet de réforme*. Alvorens dieper in te gaan op de regeling van de benadeling in dit voorontwerp, is het noodzakelijk om de algemene krachtlijnen van dit hervormingsontwerp te schetsen.

A. Algemene krachtlijnen

285. “*Il faut avoir une vision de la famille pour légiférer en droit des personnes, mais le contrat étant un instrument essentiellement économique de la vie sociale, il suffit que la loi du contrat soit utile et juste (ce qui est déjà beaucoup) ...*” – Deze uitspraak van CARBONNIER, aangehaald door CATALA, typeert de geest van deze hervorming.⁹¹⁶ Met het voorontwerp wil men geen breuk met het verleden bewerkstelligen, doch enkel een hervorming teweeebrengen. Deze hervorming is vooral gericht op de versterking van *la souplesse contractuelle* en *la justice contractuelle*.⁹¹⁷

286. Versterking van “*la souplesse contractuelle*” – Deze doelstelling wordt in het voorontwerp in de eerste plaats verwezenlijkt door de aanpassing van het contractenrecht aan nieuwe contractuele schema’s. Zo heeft het voorontwerp o.m. bijzondere aandacht voor samenhangende contracten, voor de precontractuele fase en voor raamovereenkomsten (bv. in de distributiesector).⁹¹⁸ Daarnaast wordt ook getracht het contractenrecht aan te passen aan de nieuwe economische realiteit, o.m. aan de hand van een bepaling inzake imprevisie.

287. Versterking van “*la justice contractuelle*” – De hernieuwde aandacht voor de contractuele rechtvaardigheid veruitwendigt zich in een aanpassing van het contractenrecht aan nieuwe sociale omstandigheden en aan nieuwe contractuele relaties. Aangenomen werd dat de oplossingen die gehanteerd werden binnen bijzondere rechtstakken (bv. het consumentenrecht), niet zonder invloed konden blijven op het gemene verbintenissen- en contractenrecht.⁹¹⁹ Het voorontwerp voert een herwaardering door van het contractueel evenwicht ten voordele van de economisch zwakke partij, wat zich veruitwendigt in tal van nieuwe bepalingen. Zo geeft het voorontwerp, geïnspireerd op het consumentenrecht, een algemene definitie van een onrechtmatig beding.⁹²⁰ Ook de invoering van de figuur van de economische dwang is hier een concretisering van.

⁹¹⁴ R. CABRILLAC, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription”, 2, tekst naar aanleiding van het Colloquium te Kortrijk op 21 september 2007 ‘*La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*’.

⁹¹⁵ Zie bv. de nieuwe wetboeken in Duitsland, Nederland en Québec.

⁹¹⁶ P. CATALA, “La genèse et le dessein du projet”, *Revue des Contrats* 2006, (11) 11.

⁹¹⁷ Zie R. CABRILLAC, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription”, 4, tekst naar aanleiding van het Colloquium te Kortrijk op 21 september 2007 ‘*La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*’.

⁹¹⁸ R. CABRILLAC, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription”, 4-8, tekst naar aanleiding van het Colloquium te Kortrijk op 21 september 2007 ‘*La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*’.

⁹¹⁹ R. CABRILLAC, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription”, 11, tekst naar aanleiding van het Colloquium te Kortrijk op 21 september 2007 ‘*La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?*’.

⁹²⁰ *Supra*, nr. 127.

B. Benadeling

288. *Voorwerp van de overeenkomst* – In het voorontwerp wordt de benadeling resoluut vastgehaakt aan het geldigheidsvereiste van het voorwerp van de overeenkomst. Artikel 1122-1 *Avant-Projet de réforme*, ondergebracht in de afdeling aangaande het voorwerp, bepaalt immers als volgt: “*Le défaut d’équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n’est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion.*” De benadeling wordt er, net als in de huidige *Code civil*, in beginsel verworpen als vernietigingsgrondslag met inachtnaam van de uitzonderingen die in de wet zijn opgenomen. De grote vernieuwing situeert zich in de losmaking van de benadeling van de theorie van de wilsgebreken en de onderbrenging bij het geldigheidsvereiste van het voorwerp.

289. *Duidelijk onevenwicht ten gevolge van een contractuele clause* – In het *Avant-Projet de réforme* wordt daaropvolgend in artikel 1122-2 een verwijzing opgenomen naar de onrechtmatige bedingenleer. De bepaling luidt als volgt: “*Cependant, la clause qui crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l’une des parties peut être révisée ou supprimée à la demande de celle-ci, dans le cas où la loi la protège par une disposition particulière, notamment en sa qualité de consommateur ou encore lorsqu’elle n’a pas été négociée.*” Deze bepaling illustreert wat FAUVARQUE-COSSON en MAZEAUD benoemen als “*la rapatrie dans le droit commun du contrat d’une règle qui était jusqu’alors édictée dans le seul droit de la consommation*”.⁹²¹ De bepaling illustreert de interactie die (moet) bestaan tussen het gemeen verbintenissen- en contractenrecht en het consumentenrecht inzake het bestrijden van het contractueel onevenwicht.⁹²² Met deze bepaling van artikel 1122-2 wordt de bescherming tegen onrechtmatige bedingen uitgebreid tot alle contractpartijen, ook niet-consumenten, indien de bedingen niet onderhandeld werden. Deze bepaling lijkt geïnspireerd te zijn op de PECL, die evenmin het onderscheid maken tussen consument en professionele partij wat betreft niet-onderhandelde onrechtmatige bedingen.⁹²³

§4. Benadeling in harmoniseringsinitiatieven

A. Principles of European Contract Law

290. *Misbruik van omstandigheden of buitensporig voordeel* – In de PECL wordt de benadeling niet erkend als een grondslag tot vernietiging van rechtshandelingen. Wel is in artikel 4:109 PECL een bepaling neergelegd die *misbruik van omstandigheden of buitensporig voordeel* sanctioneert. Aangezien deze bepaling dichter aanleunt bij de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling, wordt dit artikel verder in ons onderzoek besproken.⁹²⁴

B. UNIDROIT-Principles

291. *Gross disparity* – Artikel 3.10 UNIDROIT-Principles bevat in het luik inzake de geldigheid van een overeenkomst, enigszins verrassend,⁹²⁵ een bepaling inzake *gross disparity*.⁹²⁶

⁹²¹ B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Rev. dr. unif.* 2006, (103) 122.

⁹²² *Supra*, nr. 129.

⁹²³ B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, “L’avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Rev. dr. unif.* 2006, (103) 121-122.

⁹²⁴ *Infra*, nrs. 479-480.

⁹²⁵ Zo vraagt VAN ROSSUM zich af of de regeling van *gross disparity* wel thuis hoort in de internationale handelspraktijk, waar het eigen gewin voorop staat en het laten meewegen van de belangen van de wederpartij in het algemeen naar de achtergrond

Overeenkomstig artikel 3.10 UNIDROIT-Principles kan een overeenkomst nietig verklaard worden, indien een grote wanverhouding bestaat tussen de verplichtingen van partijen, hetgeen leidt tot een buitensporig en ongerechtvaardigd voordeel (*unjustifiable excessive advantage*) voor één van de partijen.⁹²⁷

Het buitensporige voordeel dient aanwezig te zijn op het ogenblik van de contractsluiting. De gebruikte terminologie (*excessive advantage*) geeft aan dat zelfs een aanzienlijk onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, onvoldoende is om tot de vernietiging of aanpassing van het contract te besluiten. Vereist is dat het voordeel zo groot is dat het een redelijk persoon choqueert.⁹²⁸ Het voordeel moet niet enkel buitensporig, maar ook *ongerechtvaardigd* zijn. Of dat het geval is, zal afhangen van de concrete omstandigheden van de zaak. Twee factoren worden in dit verband belicht in artikel 3.10 UNIDROIT-Principles. De eerste factor is de ongelijke onderhandelingspositie tussen de contractpartijen. Een ongelijke economische situatie ten gevolge van marktvoorwaarden is hiertoe echter onvoldoende.⁹²⁹ Een tweede element waarmee rekening moet worden gehouden, is de aard en het doel van de overeenkomst. Er kunnen zich dus ook situaties voordoen waar een buitensporig voordeel ongerechtvaardigd is, ook al heeft de bevoordeelde partij geen misbruik gemaakt van de zwakke onderhandelingspositie van de tegenpartij. Of dat het geval is, hangt vaak af van de aard en het doel van de overeenkomst.⁹³⁰ Naast deze twee factoren kunnen ook andere elementen (bv. de normen die gelden in een bepaalde handel) in aanmerking worden genomen.⁹³¹

292. *Toepassing van de benadeling* – Vooral de Nederlandse doctrine heeft veel aandacht besteed aan artikel 3.10 UNIDROIT-Principles.⁹³² Opvallend aan de *gross disparity*-regel van de UNIDROIT-Principles is dat het als uitgangspunt het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties hanteert, en niet het onevenwicht dat op het ogenblik van de contractsluiting tussen de contractpartijen bestaat.

wordt geschoven (M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 659).

⁹²⁶ Art. 3.10 UNIDROIT-Principles: “(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party’s dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skills, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.13(2) apply accordingly.”

⁹²⁷ M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 186-187; M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 659.

⁹²⁸ Commentaar bij art. 3:10 UNIDROIT-Principles, 107. Zie tevens M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 659.

⁹²⁹ Volgend voorbeeld wordt gegeven ter illustratie van deze omstandigheden: “A, the owner of an automobile factory, sells an outdated assembly line to B, a governmental agency from a country eager to set up its own automobile industry. Although A makes no representations as to the efficiency of the assembly line, it succeeds in fixing a price which is manifestly excessive. B, after discovering that it has paid an amount which corresponds to that of a much more modern assembly line, may be entitled to avoid the contract” (Commentaar bij art. 3.10 UNIDROIT-Principles, 108).

⁹³⁰ Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waar de verloning van een agent contractueel wordt uitgedrukt in een vast percentage van de prijs van de verkochte goederen of de geleverde diensten. Dit kan gerechtvaardigd zijn, indien de bijdrage van de agent substantieel is voor de sluiting van de overeenkomst en/of indien de waarde van de goederen en diensten niet al te hoog is. Evenwel kan dit ook een buitensporig voordeel voor de agent uitmaken, indien zijn bijdrage vrijwel verwaarloosbaar is en/of de waarde van de goederen of diensten extreem hoog ligt. Zie commentaar bij art. 3.10 UNIDROIT-Principles, 108.

⁹³¹ Commentaar bij art. 3.10 UNIDROIT-Principles, 108.

⁹³² Zie in het bijzonder P. ABAS, “Tets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het BW”, *WPNR* 2000, 6-8; J.M. SMITS, “Contractuele gebondenheid thans”, *NTBR* 1998, (341) 343; M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, 659-664;

Het misbruik van de zwakke onderhandelingspositie van de wederpartij is weliswaar een factor waarmee rekening moet worden gehouden, maar is geen voorwaarde voor een succesvol beroep op *gross disparity*.⁹³³ Vanuit deze vaststelling stelt VAN ROSSUM de terechte vraag of “*de regeling van gross disparity gezien kan worden als een herleving van de iustum pretium gedachte of beschouwd moet worden als een variant op het leerstuk misbruik van omstandigheden*”.⁹³⁴

In artikel 3.10, par. 1 (a) UNIDROIT-Principles wordt een objectief criterium (een buitensporig voordeel) gekoppeld aan het ongerechtvaardigde karakter ten gevolge van subjectieve omstandigheden die in hoofde van de benadeelde een afhankelijkheidspositie teweeg brengen.⁹³⁵ Deze bepaling vindt echter niet enkel toepassing in situaties waar misbruik wordt gemaakt van een vertrouwensrelatie. Artikel 3.10, par. 1, (b) UNIDROIT-Principles biedt immers de mogelijkheid om, zonder dat een afhankelijkheidspositie aanwezig is in hoofde van de benadeelde, de overeenkomst of een contractueel beding terzijde te stellen of te wijzigen, indien het buitensporige voordeel ongerechtvaardigd is omwille van de aard of het doel van de overeenkomst, of omwille van een andere reden. Derhalve kan deze bepaling als een toepassing van de benadeling worden beschouwd.⁹³⁶

AFDELING VII. BENADELING ONTWIKKELD DOOR RECHTSPRAAK EN RECHTSLEER

293. *Overzicht* – Niet enkel de wetgever voerde in de loop van de 19^e en 20^e eeuw nieuwe toepassingen van de benadeling in. Ook de rechtspraak en de rechtsleer toonden zich op dit vlak zeer creatief, wat resulteerde in een bijzondere uitloper van de (subjectieve) benadeling, de gekwalificeerde benadeling.⁹³⁷ Voor de toepassing van deze rechtsfiguur wordt traditioneel, naast een ernstige benadeling van één van de contractpartijen, ook een misbruik van concrete omstandigheden van inferioriteit of superioriteit vereist evenals een oorzakelijk verband tussen het misbruik en de benadeling.⁹³⁸

In deze afdeling staan we kort stil bij de historische ontwikkeling van deze rechtsfiguur, waarbij in het bijzonder de rol van de rechtspraak en de rechtsleer wordt belicht.⁹³⁹ Ter afsluiting van deze afdeling belichten we nog twee ontwikkelingen in de rechtspraak die in de loop der jaren, zoals zal worden aangetoond ten onrechte, beschouwd werden als toepassingen van de gekwalificeerde benadeling. Het betreft, enerzijds, de rechterlijke matiging van het honorarium van de lasthebber en, anderzijds, de rechterlijke toetsing van overdreven schadebedingen.

§1. Rechtspraak inzake de benadeling in 19^e en (begin) 20^e eeuw

294. *Corrigerende rol van de rechtspraak* – In contrast met de overwegend afwijzende houding van de wetgever en de rechtsleer ten aanzien van de benadeling, stond de meer gematigde houding van de 19^e-eeuwse hoven en rechtbanken. Geconfronteerd met onbillijke overeenkomsten en de starheid van het Burgerlijk Wetboek inzake de sanctionering van de benadeling, gingen rechters op zoek naar

⁹³³ M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 80. In dezelfde zin, M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 186.

⁹³⁴ M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 659.

⁹³⁵ Zie tevens M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 659.

⁹³⁶ M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 660.

⁹³⁷ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 768. Zie ook P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, 83.

⁹³⁸ *Infra*, nrs. 406 e.v.

⁹³⁹ De rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling wordt uitgebreid besproken in een volgend hoofdstuk. Zie *infra*, nrs. 330.

middelen om – zonder openlijk de artikelen 1118 en 1313 B.W. te schenden – onbillijke overeenkomsten aan te pakken.⁹⁴⁰ Deze houding van de 19^e-eeuwse hoven en rechtbanken veruitwendigde zich concreet in rechtspraak inzake de matiging van het honorarium van de lasthebber en inzake de lening op interest.

295. *Matiging honorarium lasthebber*⁹⁴¹ – De 19^e-eeuwse hoven en rechtbanken werden vaak geconfronteerd met lastgevingsovereenkomsten waar de lasthebber voor zichzelf een overdreven loon had bedongen. Teneinde deze lonen te kunnen matigen zonder de artikelen 1118 en 1313 B.W. te schenden, werd door de rechtspraak een bijzondere redenering ontwikkeld. Het uitgangspunt vormt artikel 1986 B.W., waarin bepaald wordt dat de lastgeving *om niet* geschiedt, tenzij het tegendeel wordt bedongen.⁹⁴² Over deze bepaling oordeelde het Hof van Cassatie reeds in 1851 als volgt: “*que (...) la loi n’a pu entendre autoriser les parties à fixer arbitrairement le prix du mandat et détruire ainsi le principe qu’elle venait de poser; qu’elle n’a voulu les autoriser qu’à convenir d’une rémunération équitable, c’est à dire, d’un salaire comme le qualifie l’article 1999, salaire qui doit être moins un lucre qu’une indemnité.*”⁹⁴³

Uit de artikelen 1986 en 1999 B.W. werd door de rechtspraak dan ook afgeleid dat het loon van de lasthebber door de rechter beoordeeld, en desgevallend ook gematigd, kan worden.⁹⁴⁴ Gelet op de grondslag die voor deze rechterlijke matigingsbevoegdheid werd aangewezen, beperkte deze rechtspraak zich aanvankelijk tot *lastgevingsovereenkomsten*. Uit latere rechtspraak blijkt evenwel dat rechters niet geaarzeld hebben om overeenkomsten ten onrechte als een lastgeving te kwalificeren, teneinde het loon van de vermeende *lasthebber* te kunnen matigen.⁹⁴⁵

296. *Lening op interest* – Een tweede overeenkomst waar de rechtspraak in de 19^e - begin 20^e eeuw ten strijde trok tegen contractuele onevenwichten, is de lening op interest.⁹⁴⁶ Teneinde een rechterlijke controle in te voeren op overdreven hoge interesten, werd door de rechtspraak een beroep gedaan op de theorie inzake de ongeoorloofde oorzaak.⁹⁴⁷ Geoordeeld wordt dat de leer van de gekwalificeerde benadeling in deze constructie haar oorsprong vindt.⁹⁴⁸ Ter illustratie kan hier een

⁹⁴⁰ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 44.

⁹⁴¹ Zie ook *infra*, nrs. 310 e.v.

⁹⁴² KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 48; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 217; J. VAN HOUTTE, “De bevoegdheid van den rechter om overeenkomsten te wijzigen”, *RW* 1939-40, (1130) 1139. Voor Frankrijk: DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 139 e.v.; PÉROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 134 e.v.; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 259; STARCK e.a., *Contrat*, 1995, 362. Zie tevens G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 319 e.v.

⁹⁴³ Cass. 17 januari 1851, *Pas.* 1851, I, 323. Aangaande dit arrest van het Hof van Cassatie, zie tevens *infra*, nr. 311.

⁹⁴⁴ Cass. 17 januari 1851, *Pas.* 1851, I, 323; Cass. 28 november 1889, *Pas.* 1890, I, 27. Voor Frankrijk: Cass. fr. 28 maart 1913, *D.* 1916, I, 291.

⁹⁴⁵ Brussel 18 februari 1875, *Pas.* 1875, II, 201; Brussel 11 januari 1904, *Pas.* 1905, II, 36; Gent 6 juni 1900, *Pas.* 1901, II, 13; Brussel 23 februari 1856, *Pas.* 1856, II, 142; Rb. Brussel 30 december 1876, *Pas.* 1877, III, 285. Zie KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 49; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 350.

⁹⁴⁶ Rb. Brugge 12 januari 1932, *Pas.* 1933, III, 79; Vred. Sint-Jooste-ten-Node 1 december 1954, *T. Vred.* 1955, 49. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, werd de wettelijke burgerrechtelijke regeling tegen woekerinteresten pas ingevoerd met het KB n^o 148 van 18 maart 1935. Aan dit KB lag echter een ganse evolutie in de rechtspraak ten grondslag. *Supra*, nr. 254 e.v.

⁹⁴⁷ Gent 8 juni 1928, *Pas.* 1928, II, 187; Brussel 3 mei 1921, *BJ* 1921, 433; Gent 7 april 1897, *Pas.* 1897, II, 360; Kh. Brussel 12 maart 1930, *PP* 1931, 133; Rb. Brussel 27 oktober 1909, *Pas.* 1910, III, 48; Kh. Bergen 1 maart 1898, *Pas.* 1898, III, 147; Kh. Antwerpen 10 oktober 1892, *PP* 1892, 1014; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 49. Zie tevens A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 17.

⁹⁴⁸ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 48. Zie bv. Brussel 18 januari 1929, *BRH* 1929, 129, bevestiging van Kh. Brussel 14 mei 1928, *BRH* 1928, 209; Rb. Brussel 16 december 1910, *Pas.* 1911, III, 65.

arrest van het Hof van Cassatie van 3 februari 1898 worden aangehaald, waarin een beroep tot vernietiging tegen een arrest van het hof van beroep te Gent werd verworpen.⁹⁴⁹

297. *Cass. 3 februari 1898* – De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden weergegeven. Een pas meerderjarig geworden student ontleent een som van 15.000 fr. aan een handelaar in juwelen. De student wil de som besteden aan frivole doeleinden, wat hij wenst te verzwijgen voor zijn familie die hem voor het overige voorziet in zijn dagdagelijkse onderhoud. De handelaar laat de student op een wel heel bijzondere wijze onredelijk hoge interesten betalen. De handelaar wenst de lening enkel toe te staan indien de minderjarige – naast het aangaan van de lening – juwelen koopt voor een bedrag van 21.000 fr., terwijl de juwelen in kwestie slechts 9.000 fr. waard zijn. De student levert voor het totale bedrag van de transacties, met name 15.000 fr. voor de lening en 21.000 fr. voor de koop-verkoop, een aantal wissels af aan de handelaar. De student blijft echter in gebreke te betalen, waarop hij door de handelaar wordt gedagvaard.

Het hof van beroep te Gent hervormt het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg dat de vordering tot betaling van 36.000 fr. gegrond had verklaard, dit gesteund op artikel 1134 B.W. Het Gentse hof motiveerde zijn beslissing als volgt: *“qu’il (le vendeur) a abusé des passions et des faiblesses d’un emprunteur jeune et sans expérience, dont il connaissait la conduite et qui, peu de temps après, a été placé sous conseil judiciaire ...”*. Het hof van beroep was van oordeel dat de oorzaak van de overeenkomst tussen de partijen ongeoorloofd was, aangezien deze strijdig was met de goede zeden. De overeenkomst kon niet enkel vernietigd worden op basis van de oude wet van 5 mei 1865⁹⁵⁰, maar ook op basis van een schending van de geldigheidsvoorwaarden voor overeenkomsten. Het Hof van Cassatie overweegt als volgt: *“(…) qu’il a été reconnu, lors de la discussion au Sénat de la loi du 5 mai 1865, qu’un emprunt contracté par un majeur, avec stipulation d’un intérêt excédant le taux fixé par l’article 2 de cette loi, ne peut être annulé ni même réduit, par cela seul qu’il y a eu abus des passions ou des faiblesses de l’emprunteur, quoique cet abus constituât un fait immoral; mais que cet emprunt doit, comme tout autre contrat, être déclaré nul, lorsque, en vertu des dispositions générales du code civil, il est sujet à annulation; (...) qu’il en est notamment ainsi lorsque la cause de l’obligation est illicite (art. 1108 et 1131 code civ.); (...) que l’arrêt attaqué constate: que, pour obtenir une somme de 15.000 fr. qui lui a été remise en espèces, le défendeur (...) a dû accepter, au prix de 21.000 fr., des bijoux qui ne valaient pas plus de 9.000 francs; que le demandeur s’est ainsi attribué un intérêt de 200 p.c.; qu’il a abusé des passions ou des faiblesses d’un emprunteur jeune et sans expérience (...); (...) que l’arrêt dénoncé déduit de l’ensemble de ces faits que la cause de l’opération conclue entre parties est illicite, parce qu’elle est contraire aux bonnes moeurs; que cette appréciation en fait rentre dans le domaine exclusif du juge du fond; Que partant le premier moyen n’est pas fondé (...)”* (eigen onderlijning). Ook al verschuilt het Hof zich bij de weigering tot verbreking van het arrest enigszins achter de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter, toch blijkt uit dit arrest minstens een positieve houding ten aanzien van een rechtsfiguur die het misbruik van de zwakte van de lener door de ontlener sanctioneert.⁹⁵¹

⁹⁴⁹ Cass. 3 februari 1898, *Pas.* 1898, I, 79. Het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Gent werd eveneens gepubliceerd: Gent 7 april 1887, *Pas.* 1897, II, 360. Deze arresten worden tevens besproken bij DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 49-51 en VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 352.

⁹⁵⁰ *Supra*, nr. 254.

⁹⁵¹ J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 751; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 352-353. Zie ook A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 495 en DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 69.

Deze redenering uit het arrest van het hof van beroep te Gent werd vervolgens overgenomen in tal van andere vonnissen en arresten. Overeenkomsten van lening op interest waarin overdreven hoge interesten bedongen werden, werden geacht een ongeoorloofde oorzaak te hebben, wanneer de woekerinterest verkregen werd door een misbruik van de geldschietster van de passies of de zwakheden van de ontlenster.⁹⁵² Deze rechtspraak heeft ertoe geleid dat in 1935 het bedingen van onredelijk hoge interesten wettelijk werd aangepakt via de invoering van artikel 1907ter B.W.⁹⁵³

§2. Pleidooi door de doctrine in de 20^e eeuw

298. *Inleiding* – Dat de gekwalificeerde benadeling haar oorsprong vindt in de rechtspraak omtrent de lening op interest van het einde van de 19^e eeuw, betekent geenszins dat er in die periode ook al sprake was van een zelfstandige rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling. Deze rechtsfiguur is pas ontstaan op het ogenblik dat het toepassingsgebied ervan werd uitgebreid tot andere overeenkomsten. De verdienste daarvan ligt niet zozeer bij de rechtspraak, doch veeleer bij een aantal toonaangevende auteurs uit de eerste helft van de 20^e eeuw die zich ontpopt hebben tot fervente verdedigers van een zelfstandige leer van de gekwalificeerde benadeling. We bespreken achtereenvolgens de inbreng van de gezaghebbende auteurs KLUYSKENS, DE PAGE en DE BERSAQUES.

299. *KLUYSKENS* – Een krachtig pleidooi voor de invoering van een algemene *theorie der uitbuiting* werd door KLUYSKENS voor het eerst gehouden in zijn *Beginselen van burgerlijk recht* van 1925, die hij vervolgens verder uitdiepte in de volgende editie van dit werk in 1938.⁹⁵⁴

Voor bestaande toepassingen van de theorie van de uitbuiting verwijst KLUYSKENS naar (i) de wettelijke bepalingen inzake de arbeidsovereenkomsten voor bedienden, (ii) de aankoop van meststoffen en veevoeder en (iii) het mandaat, en daarmee gelijkgestelde overeenkomsten.⁹⁵⁵ Hij pleit ervoor om het fragmentarische karakter van de bijzondere wetgeving en de rechtspraak achterwege te laten en een algemeen systeem in te voeren die de benadeling ten gevolge van uitbuiting sanctioneert.⁹⁵⁶ Ter verantwoording hiervoor hanteert deze auteur voornamelijk rechtsvergelijkende argumenten. In het bijzonder verwijst hij naar artikel 21 van de Zwitserse *Code des Obligations* alsmede naar artikel 138 BGB.

300. *Theorie der uitbuiting* – Verwijzend naar de rechtspraak waarin het loon van lasthebbers gematigd wordt, stelt KLUYSKENS het volgende: “Deze rechtspraak is ook tot nog toe zeer fragmentarisch, zij blijft tot een zekere categorie van verbintenissen beperkt, terwijl de uitbuiting die zij wil te keer gaan, ook in de andere contracten onder bezwarenden titel kan plaats grijpen. Sommigen zijn derhalve terecht van oordeel dat de rechtspraak nopens de beteugeling der overdreven verbintenissen wettelijk zou moeten veralgemeend worden, en dat dienvolgens de leer der benadeling door deze der uitbuiting zou dienen aangevuld.”⁹⁵⁷ In zijn *Beginselen van burgerlijk recht* van 1838 verwoordt hij het nog krachtiger als volgt: “In werkelijkheid vindt de actie tot rescissie haar reden van

⁹⁵² Gent 8 juni 1928, *Pas.* 1928, II, 187; Brussel 3 mei 1921, *BJ* 1921, 433; Rb. Brugge 12 januari 1932, *Pas.* 1933, III, 79; Kh. Brussel 12 maart 1930, *Pand. Per.* 1931, 133; Rb. Brussel 27 oktober 1909, *Pas.* 1910, III, 48; Kh. Bergen 1 maart 1898, *Pas.* 1898, III, 147.

⁹⁵³ *Supra*, nrs. 254 e.v.

⁹⁵⁴ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 49-51; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1925, 32-33.

⁹⁵⁵ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 51.

⁹⁵⁶ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 51; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1925, 32-33. Zie tevens A. KLUYSKENS, “La lésion dans les contrats. Rapport sur l’état de la question en Belgique”, in *Travaux de l’association Henri Capitant*, 1946, 199-208.

⁹⁵⁷ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1925, 32-33.

bestaan in een zeker recht van controle dat de rechter over bepaalde contracten uitoefent, teneinde het tot stand komen van onbillijke of immorele toestanden te voorkomen, teneinde namelijk de uitbuiting van de ene partij door de andere te beletten. Zoals het immoreel en antisociaal is dat een minderjarige enig nadeel zou ondergaan bij een contract dat hij met meerderjarigen heeft gesloten, zo kan het ook, in gegeven omstandigheden, immoreel en antisociaal blijken, dat bij een contract tussen meerderjarigen aangegaan, de ene partij een bovenmatig voordeel ten kosten van de andere partij zou trekken.”⁹⁵⁸ Deze theorie wordt door KLUYSKENS de *theorie der uitbuiting* genoemd.

301. *Het Zwitserse en Duitse recht* – Ter staving van zijn theorie verwijst KLUYSKENS vooreerst naar artikel 21 van de Zwitserse *Code des obligations*. Deze bepaling luidt op vandaag nog steeds als volgt: “*En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l’une des parties et la contre-prestation de l’autre, la partie lésée peut, dans le délai d’un an, déclarer qu’elle résilie le contrat et répéter ce qu’elle a payé, si la lésion a été déterminée par l’exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience.*”

Artikel 138, par. 2 van het Duitse BGB luidde in die periode als volgt: “*Nichtig ist ... ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, der Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Missverhältnis zu der Leistung stehen.*” Deze bepaling werd via een wetwijziging van 1976 evenwel aangepast.⁹⁵⁹

302. *DE PAGE* – *DE PAGE* wierp zich enkele jaren later op als een medestander van de ideeën van KLUYSKENS. Ook hij baseert zich voor de ontwikkeling van een zelfstandige leer van de gekwalificeerde benadeling vooral op een rechtsvergelijkende studie. Na een studie van het Duitse en het Zwitserse recht besluit hij dat “*les deux systèmes sont extrêmement souples et, à ce titre, infiniment supérieurs à la fausse sécurité que donne la réglementation rigide du droit français*”.⁹⁶⁰

In zijn grondige studie over de benadeling in 1946 formuleert *DE PAGE* een uitgewerkt voorontwerp tot wetsvoorstel, waarbij de gekwalificeerde benadeling uitgewerkt wordt als een gemeenrechtelijke zelfstandige leer. Deze leer wordt verzoenbaar geacht met het beginsel van de wilsautonomie, omwille van het vereiste van een fout in hoofde van de bevoordeelde partij. De gekwalificeerde benadeling moet enerzijds als een *vooruitgang* worden beschouwd, aangezien de billijkheid bij de contractsluiting verzekerd wordt. Anderzijds beschouwt *DE PAGE* de sanctionering van de gekwalificeerde benadeling ook als een *noodzaak*, omwille van de fout in hoofde van de bevoordeelde partij.⁹⁶¹

303. *Avant-Projet de la loi sur la lésion dans les contrats entre majeurs* – Het voorontwerp tot wetsvoorstel van *DE PAGE* voorzag in de invoering van een nieuw artikel 1133bis B.W. inzake de gekwalificeerde benadeling. Deze bepaling zou als volgt moeten luiden: “*§1. Sans préjudice aux cas où, en vertu du présent Code ou des lois particulières, la lésion est admise comme cause de nullité ou de rescision d’une convention, le juge peut réduire ou modifier l’équivalence des prestations telle qu’elle a été convenue entre parties, ou même annuler le contrat, lorsque celui-ci consacre une disproportion anormale entre les prestations corrélatives, ou une prestation excessive au profit de l’une*

⁹⁵⁸ KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 50. Zie tevens VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 352.

⁹⁵⁹ Over de huidige wettekst van § 138, par. 2 BGB, *infra*, nrs. 471 e.v.

⁹⁶⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, 1933, 69. Zie tevens DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 54.

⁹⁶¹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 104 e.v.

des parties, et que celle d'entre elles qui a stipulé de pareils avantages a: profité de l'état de besoin de l'autre partie, ou de l'état de nécessité qui obligeait celle-ci à contracter, ou de son ignorance ou de son inexpérience, dues à sa condition sociale; ou spéculé, par des clauses insidieuses, sur son inattention ou sa légèreté; ou, s'il s'agit d'un prêt à intérêt, abusé des faiblesses ou des passions de l'emprunteur. §2. La disproportion qui précède s'applique également aux clauses pénales excessives. Elle ne peut être invoquée si la partie désavantagée est commerçante, et a contracté pour les besoins de son commerce. Elle ne s'applique pas aux contrats aléatoires, ni à la transaction, ni à toute convention ayant pour objet des choses mobilières usagées.”⁹⁶² Opmerkelijk aan deze bepaling is o.m. de toepassing ervan in geval van buitensporige schadebedingen alsook de uitsluiting ervan in hoofde van benadeelde handelaars.

Tevens moet melding worden gemaakt van het door DE PAGE voorgestelde artikel 1133ter B.W. waarin een uitzondering is neergelegd op de voorgaande bepaling in geval van lastgevings- en andere dienstenovereenkomsten alsmede in geval van toetredingscontracten: “§1. Dans le contrat de mandat, et dans tout contrat de louage d'ouvrage ayant pour objet la prestation d'un travail déterminé autre que manuel, le seul fait de la disproportion évidente du prix avec le travail presté, ou le caractère excessif de la clause pénale stipulée au profit du mandataire ou du locateur d'ouvrage, suffisent à autoriser la réduction de ce prix ou de cette clause, sans que l'une ou l'autre des conditions prévues à l'article précédente soit exigée. §2. Il en est de même dans tous les contrats où la partie qui a stipulé, de quelque manière que ce soit, des avantages excessifs bénéficie d'un monopole de droit ou de fait. (...)”⁹⁶³ Opvallend is dat DE PAGE voor toetredingsovereenkomsten niet vereist dat het bewijs wordt geleverd van een fout in hoofde van de bevoordeelde partij. Zijn voorstel doet in dat opzicht dan ook denken aan de leer inzake de onrechtmatige bedingen.⁹⁶⁴

304. *DE BERSAQUES* – De uiteindelijke doorbraak van de leer der gekwalificeerde benadeling kwam er pas met het indrukwekkende oeuvre van DE BERSAQUES. Met zijn talrijke publicaties over dit onderwerp werkte hij de theorie van de gekwalificeerde benadeling verder uit.⁹⁶⁵ In tegenstelling tot KLUYSKENS en DE PAGE hanteerde deze auteur voornamelijk de rechtspraak als bron.⁹⁶⁶ Het is vooral via de werken van DE BERSAQUES dat de leer van de gekwalificeerde benadeling bestudeerd werd door andere auteurs. Sommige onder hen wierpen zich op als fervente tegenstanders⁹⁶⁷, terwijl

⁹⁶² DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 107-108.

⁹⁶³ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 108.

⁹⁶⁴ *Supra*, nrs. 743 e.v.

⁹⁶⁵ Zie A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, 190-201; A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, 183-198; A. DE BERSAQUES, “L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, 487-518; A. DE BERSAQUES, “La culpa in contrahendo”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, 277-287; A. DE BERSAQUES, “L'abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, 501-533; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, 10-37.

⁹⁶⁶ Zie in dit verband A. DE BERSAQUES, “L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, 490: “Nous croyons pourtant qu'il est difficile de ne voir dans un courant de jurisprudence revêtant l'ampleur et la continuité relevée ci-dessus, qu'ignorance délibérée de la loi ou défi arbitraire lancé à ses auteurs. N'est-il pas beaucoup plus vraisemblable d'y trouver le reflet d'une profonde évolution des idées et des mœurs, survenue depuis 1804, ainsi que l'écho d'exigences nouvelles de la conscience collective? Puisque c'est cette dernière qui donne au droit son fondement solide et véritable, le juge ne pourrait en ignorer le commandement sans faire oeuvre vaine.”

⁹⁶⁷ Zie o.m. J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953 à 1955). Les obligations”, *RCJB* 1956, (199), 201-202; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1956 à 1959). Les obligations”, *RCJB* 1960, (337), 339-343. Voor *Frankrijk*: PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 263-264.

andere auteurs de door DE BERSAQUES ontwikkelde theorie van de gekwalificeerde benadeling toejuichten.⁹⁶⁸

305. *Kritiek op de uitwerking van de gekwalificeerde benadeling* – De tegenstanders van de ontwikkeling van een zelfstandige rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling wierpen vooreerst op dat de benadeling overeenkomstig artikel 1118 B.W. slechts bepaalde contracten nietig maakte.⁹⁶⁹ Tevens werd verwezen naar artikel 1134 B.W. dat het herroepen van een overeenkomst enkel toelaat met wederzijdse toestemming van de contractpartijen of op de gronden door de wet erkend.⁹⁷⁰ Tot slot werd als kritiek tevens verwezen naar de voorbereidende werken van de wet van 5 mei 1865⁹⁷¹, waarin er uitdrukkelijk voor werd gechopt om de gekwalificeerde benadeling niet te sanctioneren.⁹⁷²

306. *Weerlegging van kritiek* – Bovenstaande punten van kritiek werden door DE BERSAQUES in 1977 op overtuigende wijze weerlegd in zijn bijdrage “*La lésion qualifiée et sa sanction*”.⁹⁷³ Vooreerst benadrukt hij dat de gekwalificeerde benadeling onderscheiden moet worden van de eenvoudige benadeling waarop artikel 1118 B.W. doelt. Waar het voor de eenvoudige benadeling immers irrelevant is of aan het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties al dan niet een fout ten grondslag ligt, is het voor de gekwalificeerde benadeling net essentieel dat het onevenwicht veroorzaakt werd door het uitbuiten van de ondergeschikte positie van de medecontractant. De eenvoudige benadeling en de gekwalificeerde benadeling betreffen bijgevolg twee verschillende juridische noties, waarbij artikel 1118 B.W. enkel betrekking heeft op de eenvoudige benadeling.⁹⁷⁴

Vervolgens argumenteert DE BERSAQUES dat uit artikel 1134 B.W. geen argument tegen de leer van de gekwalificeerde benadeling kan worden geput. Hij meent dat met de *herroepingsgronden door de wet erkend* in artikel 1134 B.W. niet enkel bedoeld wordt op de klassieke nietigheidsgronden, maar tevens verwezen wordt naar iedere wijziging die wordt aangebracht aan contractuele clausules, waaronder deze op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 1382 e.v. B.W.).⁹⁷⁵

DE BERSAQUES weerlegt ook de kritiek van LIMPENS en VAN DAMME gebaseerd op de voorbereidende werken van de wet van 1865. Dat de wetgever in 1865 geoordeeld heeft dat de gekwalificeerde benadeling bij leningen op interest niet gesanctioneerd moest worden, doet volgens hem geen afbreuk aan de beslissing van de wetgever in 1935 om een geval van gekwalificeerde benadeling te

⁹⁶⁸ Zie o.m. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 349-354; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 93-94.

⁹⁶⁹ J. LIMPENS, “Examen de jurisprudence (1949 à 1952). Les obligations”, *RCJB* 1953, (48) 53.

⁹⁷⁰ DE PAGE, *Traité*, I, 85.

⁹⁷¹ *Parl. St.* 1864-1865, 349 e.v.: “*Ce qui serait une véritable énormité, ce qu’il serait absolument impossible d’admettre, c’est que le fait isolé de l’abus des faiblesses ou des passions de l’emprunteur pût donner lieu à la révision du contrat*”.

⁹⁷² J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Chronique de jurisprudence (1956 à 1959)”, *RCJB* 1960, (337) 340; DE PAGE, *Traité*, V, 168. Zie tevens verwijzing naar deze wet in Cass. 3 februari 1898, *Pas.* 1898, I, 79.

⁹⁷³ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 13 e.v. Zie tevens C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 87.

⁹⁷⁴ A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 192-193; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 13. Zie tevens C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 87-88.

⁹⁷⁵ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 14 e.v., in het bijzonder 17, nr. 9: “*Il résulte de ces considérations qu’alors-même que le contrat répond aux conditions de validité énoncées par les articles 1108 à 1133 du Code civil, il n’en peut pas moins subir une “révocation”, lato sensu, sous forme, notamment, de réduction des clauses convenues, par application des articles 1382 et 1383 du Code civil.*” In een eerdere bijdrage wees DE BERSAQUES er tevens op dat art. 1134 B.W. slechts de overeenkomsten beschermt die op geldige wijze zijn tot stand gekomen. Dit was volgens hem niet het geval indien sprake is van een gekwalificeerde benadeling, aangezien hij de sanctionering van de gekwalificeerde benadeling toen nog steunde op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak (zie A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 192). In latere bijdragen werd dit argument niet meer aangehaald.

erkennen bij de lening op interest. Met deze beslissing volgde de wetgever in 1935 daarenboven enkel de bestaande rechtspraak.⁹⁷⁶

Een verwijzing naar het Duitse en Zwitserse recht toont tot slot aan dat de ontwikkeling van de leer van de gekwalificeerde benadeling de rechtszekerheid en de zekerheid van de handel geenszins aantast.⁹⁷⁷ De strikte toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling verhinderen dergelijke aantasting.⁹⁷⁸

DE BERSAQUES wees tevens op de verscheidene dwingende wetsbepalingen, ingevoerd ter bescherming van één van de contractpartijen die als de economisch zwakkere partij werd beschouwd. Deze wettelijke bepalingen vormden volgens hem allen een toepassing van het beginsel dat de uitbuiting van de zwakheid van de medecontractant, ongeoorloofd is.⁹⁷⁹ Ook deze auteur pleitte tot slot voor een tussenkomst van de wetgever inzake de gekwalificeerde benadeling. O.m. verwijzend naar het eerder opgestelde voorontwerp van DE PAGE, stelde hij voor om een artikel 1118bis in het Burgerlijk Wetboek in te voegen, dat als volgt zou luiden: *“Lorsque les engagements d’une partie sont hors de proportion avec ceux de son cocontractant, et que cette disproportion résulte de l’abus des besoins, des faiblesses, des passions ou de l’inexpérience de ce cocontractant, le juge peut, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, réduire les obligations de la partie lésée.”*⁹⁸⁰

§3. Weerklank in wetsvoorstellen en rechtspraak

307. Wetsvoorstel van 27 maart 1929 – In een wetsvoorstel van 27 maart 1929 werd voorgesteld om een artikel 1106bis in het Burgerlijk Wetboek in te voegen.⁹⁸¹ Deze wettekst zou als volgt luiden: *“Indien de verplichtingen van een der contractanten buiten alle verhouding zijn met het voordeel dat hij uit het contract trekt of met de prestatie van de andere, derwijze dat, naar gelang de omstandigheden het te vermoeden is dat zijn toestemming niet genoegzaam vrij is geweest, kan de rechter, op aanvraag van de benadeelde partij, het contract vernietigen of de verplichtingen verminderen.”* Dit wetsvoorstel werd nogmaals hernomen op 1 februari 1940, maar werd uiteindelijk verworpen.⁹⁸² Met dat laatste wetsvoorstel wilde KLUYSKENS zijn theorie van de uitbuiting een

⁹⁷⁶ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 20.

⁹⁷⁷ A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 513; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 19.

⁹⁷⁸ A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 514-515.

⁹⁷⁹ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 18.

⁹⁸⁰ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 36. Inzake de kritiek die LIMPENS en VAN DAMME in hun overzichten van rechtspraak uitten, moet benadrukt worden dat deze auteurs vooral benadrukten dat de Belgische wetgever, in navolging van buitenlandse wetgevers, diende tussen te komen teneinde een algemene bepaling inzake de gekwalificeerde benadeling in te voeren. Deze auteurs bekritiseerden dan ook vooral de *rechterlijke* initiatieven ter sanctionering van de gekwalificeerde benadeling. Zie in dit verband J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1956-1959). Les obligations”, *RCJB* 1960, (337) 342-343 en J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953-1956). Les obligations”, *RCJB* 1956, (200) 201-202.

⁹⁸¹ Wetsvoorstel houdende wijzigingen in Boek III van het Burgerlijk Wetboek om zekere onbillijke gevolgen te verbeteren, die kunnen ontstaan uit de verrijking zonder oorzaak of uit de overdreven wanverhouding tussen de verplichtingen van partijen, *Parl. St. Kamer*, 1928-1929, n° 198. Zie RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 216-217.

⁹⁸² Wetsvoorstel tot inlassching in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 1106bis teneinde meer billijkheid te verzekeren in de tenuitvoerlegging van uit overeenkomst ontstane verbintenissen, *Parl. St. Kamer*, 1939-1940, n° 106. Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 57; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 51. Ook in de *Franse* Kamer werd in 1920 een gelijkaardig wetsvoorstel neergelegd door GUIBAL en DUPIN. Zie DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 189 e.v.; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 50-51; JOSSERAND, *Cours*, II, 1933, 56; KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 51. In Frankrijk wordt de idee van misbruik van dominante positie of van positie van economische afhankelijkheid veeleer gesanctioneerd via het wilsgebrek geweld. Zie GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 563 e.v.; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 250 e.v.; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 176.

wettelijke basis geven. Het wetsvoorstel kreeg terechte kritieken, aangezien de essentiële bestanddelen van de gekwalificeerde benadeling, namelijk de grove benadeling als gevolg van misbruik van omstandigheden van inferioriteit van de medecontractant, onvoldoende tot uiting kwamen in het wetsvoorstel.⁹⁸³

308. *Weerklank in de rechtspraak vanaf '30* – Tot het begin van de jaren '30 bleven de toepassingen in de rechtspraak van de gekwalificeerde benadeling voornamelijk beperkt tot de lening op interest.⁹⁸⁴ Ook de omstandigheden die vatbaar werden geacht voor misbruik, bleven zeer beperkt. Enkel het misbruik van de zwakheden en de hartstocht van de medecontractant kwamen hiervoor in aanmerking.⁹⁸⁵

In de jaren '30 vond een kentering plaats in de rechtspraak. Het toepassingsgebied van de gekwalificeerde benadeling werd uitgebreid tot andere contracten, bijvoorbeeld de huur-verhuur van diensten.⁹⁸⁶ Daarenboven werden ook andere (veelal persoonlijke) omstandigheden die vatbaar zijn voor misbruik, in aanmerking genomen.⁹⁸⁷ Zo kon ook misbruik van de beperkte ontwikkeling van de medecontractant,⁹⁸⁸ de onwetendheid of onoplettendheid,⁹⁸⁹ de nalatigheid⁹⁹⁰ en de vergetelheid van de medecontractant⁹⁹¹ leiden tot de toepassing van de gekwalificeerde benadeling. Deze kentering in de rechtspraak lijkt verband te houden met de invoering van artikel 1907ter in het Burgerlijk Wetboek in 1935. In dat artikel worden de omstandigheden die in aanmerking worden genomen om onder het toepassingsgebied te vallen, ook verruimd.⁹⁹²

De echte doorbraak van de theorie van de gekwalificeerde benadeling in de rechtspraak kwam er pas vanaf de jaren '50. Niet toevallig is dat ook de periode waarin DE BERSAQUES deze rechtsfiguur verder ging uitdiepen in verscheidene publicaties. Verschillende rechterlijke uitspraken verwezen trouwens naar het werk van deze auteur ter motivering van hun beslissing.⁹⁹³ DE BERSAQUES slaagde erin de toepassingsvoorwaarden van de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling op duidelijke wijze te omschrijven. Zijn oorspronkelijke analyse over de grondslag van de rechtsfiguur, met name de theorie van de ongeoorloofde oorzaak, bleef echter steeds betwist. Op vandaag lijkt in de rechtspraak en in de rechtsleer nog steeds geen eensgezindheid te bestaan over de grondslag van deze rechtsfiguur.⁹⁹⁴

⁹⁸³ Zie VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 343.

⁹⁸⁴ Een uitzondering hierop is evenwel terug te vinden in een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel waar de gekwalificeerde benadeling wordt toegepast op een koop-verkoop op afbetaling. Geoordeeld werd dat de gekwalificeerde benadeling van toepassing is op "... toutes les conventions à titre onéreux par lesquelles une personne, abusant des passions ou des faiblesses de son cocontractant majeur, lui livre des choses quelconques qu'il consommera ou vendra à bref délai, en retour, d'autres choses d'une valeur beaucoup plus considérables, payables à terme". (Rb. Brussel 16 december 1910, *Pas.* 1911, III, 65)

⁹⁸⁵ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 56.

⁹⁸⁶ Rb. Brussel 6 juli 1939, *Pas.* 1940, III, 39; Rb. Brussel 16 november 1937, *JT* 1937, 654, noot; Kh. Brussel 31 mei 1935, *JT* 1935, 559; Kh. Brussel 28 april 1933, *JT* 1933, 352; Vred. Brussel 10 juni 1937, *T. Vred.* 1938, 143, noot; Vred. Anderlecht 21 januari 1937, *JT* 1937, 298.

⁹⁸⁷ Zie overzicht bij DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 56.

⁹⁸⁸ Kh. Brussel 28 april 1933, *JT* 1933, 352.

⁹⁸⁹ Kh. Brussel 31 mei 1935, *JT* 1935, 559; Kh. Brussel 28 april 1933, *JT* 1933, 352; Vred. Anderlecht 21 januari 1937, *JT* 1937, 298.

⁹⁹⁰ Vred. Brussel 10 juni 1937, *T. Vred.* 1938, 143, noot.

⁹⁹¹ Rb. Brussel 16 november 1937, *JT* 1937, 654, noot.

⁹⁹² Zie tevens in die zin DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 57.

⁹⁹³ Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 57 en de aldaar opgenomen verwijzingen naar rechtspraak.

⁹⁹⁴ Zie CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 74-75; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, (171) 395; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1519; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92, nr. 126; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 713; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 94; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*,

§4. Oneigenlijke toepassingen van de gekwalificeerde benadeling

309. *Overzicht* – Ter afsluiting van deze afdeling inzake de ontwikkeling van de (gekwalficeerde) benadeling door rechtspraak en rechtsleer staan we stil bij twee leerstukken, eveneens ontwikkeld door de rechtspraak, die door bepaalde auteurs als toepassingen werden beschouwd van de (gekwalficeerde) benadeling, met name (i) de matiging van het honorarium van de lasthebber en (ii) de toetsing van overdreven schadebedingen.

A. Matiging van het honorarium van de lasthebber

310. *Inleiding* – Ter illustratie van de tendens tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de benadeling verwijzen sommige auteurs naar de Belgische en Franse rechtspraak inzake de matiging van de overdreven honoraria van lasthebbers.⁹⁹⁵ De mogelijkheid tot rechterlijke matiging van het honorarium van de lasthebber bestond reeds in het oude recht vóór de opstelling van het Burgerlijk Wetboek.⁹⁹⁶

311. *Principearresten Hof van Cassatie in 19^e eeuw* – Twee basisarresten van het Hof van Cassatie liggen ten grondslag aan de verdere ontwikkeling van de theorie van de matiging van het loon van de lasthebber in het Belgische recht.⁹⁹⁷ In beide arresten heeft het Hof van Cassatie de mogelijkheid tot rechterlijke matiging van het loon van de lasthebber erkend.⁹⁹⁸ Met het eerste arrest van 17 januari 1851 bevestigde het Hof de bevoegdheid van de rechter om het loon van de lasthebber te matigen. Hierbij werd door het Hof het kosteloze karakter van het mandaat als uitgangspunt genomen. Daaruit volgt dat het overeengekomen loon de loutere vergoeding van de geleverde diensten kan uitmaken, met uitsluiting van ieder aspect van winstbejegening. In een tweede arrest van 28 november 1889 hernam het Hof bovenstaande redenering, met toevoeging van één bijkomend aspect. Het Hof overwoog dat uit het kosteloze karakter van het mandaat volgt dat aan het mandaat “*iedere juridische oorzaak ontbreekt*”, indien het loon niet evenredig zou zijn aan de geleverde diensten.⁹⁹⁹

312. *Grondslag en toepassingsgebied* – Met deze cassatiearresten werden twee grondslagen aangereikt voor de rechterlijke matiging van het loon van een lasthebber: *het onbezoldigde karakter van het mandaat*, neergelegd in de artikelen 1986 en 1999 B.W., en *de afwezigheid van een oorzaak*

2006, 125; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)”, (2290) 2295; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 273-274. *Infra*, nr. 418.

⁹⁹⁵ KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 48; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 217. Voor Frankrijk: BEUDANT, *Cours*, VII, 1936, 182; DEMOGUE, *Traité*, I, 1923, 662; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 196; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 772-773; JOSSERAND, *Cours*, II, 1932, 54 en 770; PEROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 129 e.v.; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 259-260.

⁹⁹⁶ TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 144-145; E. VAN DIEVOET en G. VAN DIEVOET, “Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires”, X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (911) 913-914; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 216.

⁹⁹⁷ Zie J. FALLY, “Réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Luik 21 juni 1949), *RCJB* 1951, (50) 54-55; TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 143; E. VAN DIEVOET en G. VAN DIEVOET, “Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires”, X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (911) 923.

⁹⁹⁸ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 523; M. FONTAINE, “Portée et limites du principe de la convention-loi”, X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (163) 168-169.

⁹⁹⁹ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 523; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht. Gerechtelijke jaren 1978-1979 & 1979-1980”, *RW* 1980-1981, (2367) 2371; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 216.

(indien het loon in wanverhouding staat tot de geleverde diensten).¹⁰⁰⁰ Het toepassingsgebied van de matiging van het loon van lasthebbers blijft overeenkomstig deze rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie beperkt tot lasthebbers, en kan niet uitgebreid worden naar andere dienstverleners.¹⁰⁰¹ Op dit punt staat het Belgische recht in schril contrast met de Franse rechtspraak, waar niet gearzeld wordt om het toepassingsgebied uit te breiden tot andere categorieën van tussenpersonen en professionele dienstverleners.¹⁰⁰² In ieder geval blijft het toepassingsgebied beperkt tot die situaties waar de partijen het loon van de lasthebbers bij de contractsluiting hebben vastgelegd.¹⁰⁰³

313. *Standpunt doctrine in 20^e eeuw* – De Belgische doctrine heeft zich de rechtspraak van het Hof van Cassatie nooit echt toegeëigend. De meeste auteurs bekritiseren de rechterlijke matiging van het loon van lasthebbers, en de grondslag die daartoe door het Hof van Cassatie wordt aangereikt. Zo wordt opgeworpen dat de rechterlijke matiging in strijd is met het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst, neergelegd in artikel 1134 B.W.¹⁰⁰⁴ De meeste auteurs kunnen zich evenmin scharen achter de motivering van het kosteloze karakter van het mandaat.¹⁰⁰⁵ Tot slot wordt ook het onderscheid tussen lastgevingsovereenkomsten en andere (diensten)overeenkomsten bekritiseerd.¹⁰⁰⁶ In dat verband wordt er ook terecht op gewezen dat hoven en rechtbanken de neiging hebben om

¹⁰⁰⁰ Ook het Franse Hof van Cassatie aanvaardt de matiging van het loon van lasthebbers op grond van bovenvermelde motieven (zie E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 524, en de aldaar aangehaalde rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie. Zie ook GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 771.

¹⁰⁰¹ Zie tevens W. GOOSSENS, “Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven”, (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, (276) 277.

¹⁰⁰² DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 85; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 524, en de aldaar aangehaalde Franse rechtspraak; TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 146. Voor Frankrijk: BÉNABENT, *Les obligations*, 2005, 122; CARBONNIER, *Les obligations*, 2000, 158; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 771; JOSSEERAND, *Cours*, II, 1932, 770; PÉROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 136 e.v.

¹⁰⁰³ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 525; TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 144. Voor Frankrijk: BÉNABENT, *Les obligations*, 2005, 122; JOSSEERAND, *Cours*, II, 1932, 770.

¹⁰⁰⁴ A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 192; LAURENT, *Principes*, XXVII, 1878, 398; DEMOLOMBE, *Cours*, XII, 1868, 66-67; DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 429; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953 à 1955). Les obligations”, *RCJB* 1956, (199), 200-202. Zie tevens E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht. Gerechtigkeitsjaren 1978-1979 & 1979-1980”, *RW* 1980-1981, (2367) 2373; W. GOOSSENS, “Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven”, (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, (276) 278; D. STERCKX, “Le mandataire malgré lui ou la rançon perdue”, *Rev. not. b.* 1980, (281) 282; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 117-118; J. VAN HOUTTE, “De bevoegdheid van den rechter om overeenkomsten te wijzigen”, *RW* 1939-1940, (1130) 1139; A. VAN OEVELEN, “De bevoegdheid van de feitenrechter om het overdreven loon van de lasthebber te verminderen: het Hof van Cassatie herbevestigt zijn rechtspraak”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RW* 2003-2004, (1298) 1299; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 217.

¹⁰⁰⁵ A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 498; W. GOOSSENS, “Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven”, (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, (276) 278; TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 147; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953 à 1955)”, *RCJB* 1956, (199) 200-201; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 120-121; A. VAN OEVELEN, “De bevoegdheid van de feitenrechter om het overdreven loon van de lasthebber te verminderen: het Hof van Cassatie herbevestigt zijn rechtspraak”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RW* 2003-2004, (1298) 1299.

¹⁰⁰⁶ W. GOOSSENS, “Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven”, (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, (276) 278; A. VAN OEVELEN, “De bevoegdheid van de feitenrechter om het overdreven loon van de lasthebber te verminderen: het Hof van Cassatie herbevestigt zijn rechtspraak”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RW* 2003-2004, (1298) 1299.

overeenkomsten ten onrechte als mandaat te kwalificeren, teneinde het loon van de *lasthebber* te kunnen matigen.¹⁰⁰⁷

314. *Evolutie lagere rechtspraak in 20^e eeuw* – Aanvankelijk volgt de lagere rechtspraak trouw de redenering van het Hof van Cassatie.¹⁰⁰⁸ Vanaf de tussenoorlogse periode is de rechtspraak op het vlak van de matiging van het loon van lasthebbers evenwel niet langer eensgezind te noemen. Een deel van de rechtspraak blijft trouw aan de visie van het Hof van Cassatie, zowel wat betreft het principe van de rechterlijke matiging, de juridische grondslag ervan als het beperkte toepassingsgebied.¹⁰⁰⁹ Een ander deel van de rechtspraak verwierpt echter het principe van de matiging van de overdreven lonen, hierbij verwijzend naar het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst.¹⁰¹⁰

315. *Standpunt Hof van Cassatie in 20^e eeuw* – Met het arrest van 6 maart 1980 kreeg het Hof van Cassatie de kans om zich na jarenlange discussies in de doctrine en uiteenlopende beslissingen van de hoven en rechtbanken uit te spreken over de matiging van het overdreven loon van lasthebbers.¹⁰¹¹ Met dit arrest bevestigde het Hof van Cassatie volledig zijn oude zienswijze aangaande het principe van de matiging van overdreven lonen van lasthebbers alsook aangaande de grondslag ervan. Enkel de idee van de afwezigheid van een oorzaak in geval van overdreven loon, werd door het Hof niet weerhouden.¹⁰¹² Dit arrest werd zeer kritisch onthaald in de doctrine.¹⁰¹³ Aangezien het Hof van Cassatie in dit arrest de kritieken ontwikkeld door rechtspraak en rechtsleer niet heeft weerlegd, kunnen deze echter nog steeds opgeworpen worden.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁷ A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 499; A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *R.C.J.B.* 1954, (190) 192; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 217. Voor rechtspraak dienaangaande, zie *supra*, nr. 295.

¹⁰⁰⁸ Zie B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 119, en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 530, en de aldaar aangehaalde rechtspraak in voetnoot 30; E. VAN DIEVOET en G. VAN DIEVOET, “Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l’agent d’affaires”, X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (911) 924.

¹⁰⁰⁹ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 530, en de aldaar aangehaalde rechtspraak in voetnoot 31, en 531.

¹⁰¹⁰ Zie B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 119-120, en de aldaar aangehaalde rechtspraak; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 217, en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook J. FALLY, “Réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Luik 21 juni 1949), *RCJB* 1951, (50) 50 (in het bijzonder voetnoot 4); E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 531 (in het bijzonder voetnoot 32); TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 146.

¹⁰¹¹ Cass. 6 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 842, noot, *Pas.* 1980, I, 832, concl. R. CHARLES, *RCJB* 1982, 519, noot E. DIRIX; *RW* 1981-82, 442, *Rec. gén. enr. not.* 1982, 281, noot.

¹⁰¹² E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 533-534; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht (Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979-1980) (Eerste deel)”, *RW* 1980-1981, (2367) 2374; B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 121. Zie ook P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 217.

¹⁰¹³ Zie o.m. E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijke jaren 1978-79 en 1979-80) (Eerste deel)”, *RW* 1980-81, (2367) 2375-2376; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 534; R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980) – Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 522-523; P. Wéry, “Le mandat”, in *Répertoire Notarial*, 2000, 217.

¹⁰¹⁴ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 534; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht (Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979-1980) (Eerste deel)”, *RW* 1980-1981, (2367) 2375. In dezelfde zin, M. FONTAINE, “Portée et limites du principe de la convention-loi”, X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (163) 170.

In 2002 volgde een herbevestiging door het Hof met het arrest van 14 oktober 2002.¹⁰¹⁵ In dit arrest werden de kernoverwegingen van het arrest van 1980 overgenomen: “*Dat lastgeving, als omschreven in het Burgerlijk Wetboek, uit haar aard om niet geschiedt, maar dat daarbij nochtans een loon kan worden bedongen; dat dit loon een billijke vergoeding van de bewezen diensten moet uitmaken; Dat de opstellers van het Burgerlijk Wetboek door de bepalingen inzake lastgeving, geen afbreuk hebben willen doen aan de traditionele regel van het oude recht volgens welke de rechters toezicht mochten uitoefenen op de lonen van de lasthebbers, maar integendeel die regel hebben willen vastleggen.*” Het mag betreurd worden dat het Hof van Cassatie opnieuw niet is ingegaan op de kritiek die door de doctrine wordt opgeworpen ten aanzien van de matiging van het loon van lasthebbers.¹⁰¹⁶

316. *Gekwalificeerde benadeling als grondslag* – Enkele auteurs hebben geopperd dat de theorie van de gekwalificeerde benadeling een betere grondslag zou zijn voor de rechterlijke matiging van het overdreven loon van de lasthebber.¹⁰¹⁷ Benadrukt moet worden dat daarmee niet bedoeld werd dat de gekwalificeerde benadeling als grondslag kan dienen voor de rechterlijke matiging van het loon van lasthebbers “*zoals die rechterlijke bevoegdheid traditioneel geconcipieerd wordt*”. Deze auteurs bekritiseren enkel de traditionele rechterlijke matigingsbevoegdheid en stellen een andere matigingsbevoegdheid, met eigen voorwaarden, als alternatief voorop.¹⁰¹⁸

De gekwalificeerde benadeling zou als grondslag in ieder geval een ruimere draagwijdte geven aan de rechterlijke matigingsbevoegdheid, in die zin dat deze bevoegdheid zou gelden voor alle dienstverleners zonder onderscheid.¹⁰¹⁹ Anderzijds impliceert de gekwalificeerde benadeling als grondslag andere toepassingsvoorwaarden. Zo kan het overdreven loon van lasthebbers gematigd worden bij een eenvoudig onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, terwijl de gekwalificeerde benadeling in beginsel een grove benadeling vereist. Daarnaast zou ook een misbruik van de ondergeschikte positie van de medecontractant moeten worden aangetoond. De huidige matigingsbevoegdheid sanctioneert tot slot zowel het onevenwicht aanwezig bij de contractsluiting als het onevenwicht dat ontstaat door de niet-uitvoering door de lasthebber. De gekwalificeerde benadeling viseert echter enkel de situatie van een aanzienlijk onevenwicht tussen de hoofdprestaties op het ogenblik van de contractsluiting.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁵ Cass. 14 oktober 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2165, *Pas.* 2002, 1932, *NjW* 2002, 462, noot B. TILLEMANS, *RRD* 2004, 121, noot C. MARR, *RW* 2003-04, 1297, noot A. VAN OEVELEN, *TBBR* 2003 (verkort), 603, noot P. WÉRY. Zie ook WERY, *Droit des obligations*, 2010, 242.

¹⁰¹⁶ In dezelfde zin, A. VAN OEVELEN, “De bevoegdheid van de feitenrechter om het overdreven loon van de lasthebber te verminderen: het Hof van Cassatie herbevestigt zijn rechtspraak”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RW* 2003-2004, (1298) 1299.

¹⁰¹⁷ A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, 190-201; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, 27; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 541 e.v.; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht (Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1979-1980) (Eerste deel)”, *RW* 1980-1981, (2367) 2375; TH. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 148 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations”, *RCJB* 1986, 42.

¹⁰¹⁸ W. GOOSSENS, “Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven”, (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, (276) 279-280. In dezelfde zin, Kh. Brugge 7 januari 1994, *AJT* 1994-1995, 143, noot G.L. BALLON.

¹⁰¹⁹ B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 122; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 242; P. WERY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 219.

¹⁰²⁰ Rb. Hasselt 3 april 2000, *TBBR* 2002, 274, noot W. GOOSSENS; Kh. Brugge 7 januari 1994, *AJT* 1994-1995, 143, noot G.L. BALLON; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition” (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 542. Zie ook B. TILLEMANS, *Lastgeving*, in *APR*, 2000, 122; P. WÉRY, *Le mandat*, in *Répertoire notarial*, 2000, 219. Zie ook C. MAR, “La réductibilité de la rémunération de l’agent immobilier: à la recherche d’un fondement commun et contemporain”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RRD* 2004, (123) 127.

B. Toetsing van overdreven schadebedingen

317. *Inleiding* – Ook de oude rechtspraak inzake de toetsing van overdreven schadebedingen werd door sommige auteurs in verband gebracht met de theorie inzake de gekwalificeerde benadeling. In het bijzonder worden twee cassatiearresten inzake de toetsing van schadebedingen vaak aangehaald ter ondersteuning van deze leer. Aangezien met de toetsing van overdreven schadebedingen geen toetsing voorligt van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, kan er van een echte toepassing van de gekwalificeerde benadeling geen sprake zijn. Deze rechtspraak en doctrine is inmiddels ook achterhaald door de wettelijke tussenkomst in 1998 inzake de toetsing van schadebedingen, waarbij de matigingsbevoegdheid van de rechter zich niet zozeer steunt op het criterium van het misbruik van zwakheid van de schuldenaar, maar veeleer op het overdreven karakter van het bedrag van de schadevergoeding.¹⁰²¹

318. *Toetsing op basis van gekwalificeerde benadeling* – DE PAGE houdt een krachtig pleidooi voor de matiging van overdreven schadebedingen. Tegelijk wijst deze auteur op het risico dat ieder schadebeding dat het bedrag van de normale schade overschrijdt, dreigt te worden gematigd. Om hieraan tegemoet te komen, pleit deze auteur ervoor om de matiging van schadebedingen te koppelen aan de idee die ook ten grondslag ligt van de gekwalificeerde benadeling: “*Cette idée de l’exploitation d’autrui est, (...), une idée saine; elle ne justifie pas seulement en matière de lésion, mais aussi comme base de la police civile de l’autonomie de la volonté. Il y a donc toute raison de l’appliquer aux clauses pénales*”¹⁰²² In zijn voorontwerp van wetsvoorstel wordt het artikel inzake de gekwalificeerde benadeling expliciet van toepassing verklaard op overdreven schadebedingen.¹⁰²³

319. *Cass. 9 juli 1936*¹⁰²⁴ *en Cass. 21 september 1961*¹⁰²⁵ – Beide cassatiearresten hebben betrekking op de beoordeling van de geoorloofdheid van een schadebeding. Deze arresten worden vaak aangehaald om aan te geven dat het Hof de theorie van de gekwalificeerde benadeling minstens gunstig gezind was.¹⁰²⁶

320. *Cass. 9 juli 1936* – In het eerste arrest werd de rechtsgeldigheid onderzocht van een beslissing ten gronde, waar geweigerd werd om een schadebeding te vernietigen wegens het ongeoorloofd karakter van de oorzaak. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest *a quo* op basis van volgende overwegingen: “*qu’analysant, dans ses conclusions d’appel, la clause pénale litigieuse, le demandeur en déduisait le caractère immoral des éléments suivants: le défendeur spéculé, d’une part, sur le sentiment naturel et spontané de ses cocontractants de dire un prix de loin supérieur à la valeur réelle du commerce à céder, d’autre part, sur la faculté d’oubli ou sur l’ignorance des dits contractants; (...)*

¹⁰²¹ Zie ook P. VAN OMMESELAGHE, “Les grandes tendances de l’évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années”, *TPR* 2001, 365; P. WERY, “Les pouvoirs du juge en matière de contentieux contractuel dans les principes du droit européen du contrat”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, 2004, (717) 727, voetnoot 34.

¹⁰²² DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 96-97.

¹⁰²³ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 108 en 117.

¹⁰²⁴ Cass. 9 juli 1936, *Pas.* 1936, I, 346.

¹⁰²⁵ Cass. 21 september 1961, *Pas.* 1962, I, 91.

¹⁰²⁶ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 69-71; F. ’t KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 88; L. SWENNEN, “Over art. 909 B.W. en feitelijk vermoeden van beïnvloeding en captatie”, (noot onder Antwerpen 21 september 1977), *RW* 1977-78, (1957) 1961; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 352-353. Zie tevens P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *RCJB* 1986, (33) 78; P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations”, *RCJB* 1975, (423) 452. In andere zin, J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 750.

que (...) les motifs ne sont pas adéquats à l'accusation de spéculation illicite portée par le demandeur contre le défendeur et équivalent à une absence de motifs (...)”.

321. *Cass. 21 september 1961* – Ook aan het cassatiearrest van 21 september 1961 ligt de beoordeling van de geoorlooftheid van een schadebeding ten grondslag. Het Hof van Cassatie verbreekt er het arrest van het hof van beroep: “(...) *pour décider que le demandeur a spéculé sur l'ignorance ou la négligence du défendeur et que, dès lors, la cause de la convention intervenue entre parties est illicite parce que contraire aux bonnes moeurs, le jugement se fonde uniquement sur le montant global brut des avantages qu'assure annuellement au demandeur l'ensemble des conventions de même nature conclues par lui, sans avoir égard aux prestations qu'il devait lui-même fournir en exécution de la convention, objet du litige; Qu'ainsi il n'a pas légalement justifié son dispositif*”.

Er wordt aangenomen dat, indien het hof van beroep zijn arrest beter had gemotiveerd, het Hof van Cassatie die beslissing zou hebben bekrachtigd, en meteen ook de rechtsgeldigheid van de leer van de gekwalificeerde benadeling zou hebben bevestigd in het kader van de ongeoorloofde oorzaak. Vele auteurs zien in dit arrest dan ook een impliciete bevestiging van de theorie inzake de gekwalificeerde benadeling.¹⁰²⁷ In navolging van dit arresten vermelden sommige lagere rechtspraak zelfs expliciet de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling bij de beoordeling van de geldigheid van een schadebeding.¹⁰²⁸

322. *Cass. 28 november 1991*¹⁰²⁹ – In dit arrest bevestigde het Hof van Cassatie de nietigverklaring door het hof van beroep van de betrokken schadebedingen wegens strijdigheid met de openbare orde. Schadebedingen moeten immers een vergoedend karakter hebben. Dat is echter niet het geval, wanneer de bedingen van die aard zijn dat zij de schuldeiser een voordeel verschaffen dat buiten verhouding staat tot de schade die uit de niet-uitvoering van de overeenkomst kan voortvloeien, alsook wanneer het voor de schuldeiser bij aanvang reeds voordeliger was dat de overeenkomst eerder niet dan wel zou worden uitgevoerd. Op de argumentatie van eiser in cassatie dat alleen het onevenwicht tussen de prestaties van de partijen niet tot nietigheid van de overeenkomst leidt, maar dat dat enkel het geval is als dat onevenwicht voortvloeit uit het misbruik door één van de partijen van de noden, hartstochten, zwakheden of van het gebrek aan ervaring van de andere partij, ging het Hof van Cassatie niet in.

Daarmee sloot het Hof aan bij het mijlpaalarrest van 17 april 1970, waarbij een schadebeding strijdig werd geacht met de openbare orde, wanneer de feitenrechter kon oordelen dat de bedongen som geen vergoeding van de schade kon zijn of dat de schuldeiser op de wanprestatie van zijn medecontractant speculeerde (d.i. wanneer de wanprestatie meer voordeel oplevert aan de schuldeiser dan de nakoming door de schuldenaar).¹⁰³⁰ Dat het Hof in dit arrest van 1991 niet inging op de

¹⁰²⁷ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2748; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 479; J. LIMPENS en R. KRUTHOF, “Examen de jurisprudence (1960 à 1963)”, *RCJB* 1964, (467) 470-471; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 134; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 353; A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1977-1978)”, *RW* 1979-1980, (153) 168. Zie overzicht bij DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 71. In andere zin: J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 750.

¹⁰²⁸ Kh. Brussel 30 januari 1976, *RW* 1976-77, 169; Kh. Brussel 26 januari 1971, *BRH* 1971, 468.

¹⁰²⁹ Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754, conc. Adv.-gen. E. KRINGS, *Pas.* 1970, 711, *RCJB* 1972, 454, noot MOREAU-MARGRÈVE.

¹⁰³⁰ Zie voordien ook bij Brussel 15 mei 1963, *JT* 1963, 593; Kh. Brussel 8 januari 1968, *T. Aann.* 1974, 73, noot G. KEUTGEN; Kh. Brussel 20 december 1960, *JCB* 1961, 107; Kh. Antwerpen 3 maart 1955, *RW* 1954-55, 1353; Kh. Brussel 8 maart 1950, *TBH* 1950, 225; Kh. Brussel 17 oktober 1949, *TBH* 1950, 220. Voor een latere toepassing, zie Brussel 22 april 1976, *RW* 1976-77, 167.

argumentatie van eiser in cassatie inzake de gekwalificeerde benadeling, kan opgevat worden als een teken dat het Hof de gekwalificeerde benadeling niet linkt aan de toetsing van overdreven schadebedingen.

AFDELING VIII. VOORLOPIG BESLUIT

323. *Opzet van hoofdstuk 1* – In dit hoofdstuk hebben we een eerste rechtsfiguur besproken uit het gemeen contractenrecht die een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt, met name de benadeling. Onmiddellijk is duidelijk geworden dat de benadeling een omstreden rechtsfiguur is, die afhankelijk van de maatschappelijke context doorheen de geschiedenis anders werd benaderd. In het bijzonder is de vraag gerezen of de juridische oplossingen die bij de opstelling van het Burgerlijk Wetboek gekozen werden, op vandaag nog steeds adequaat zijn, en of die oplossingen een coherent geheel vormen met de eventuele bijzondere toepassingen die doorheen de jaren door de wetgever en de rechtspraak werden ontwikkeld. Op die manier kon worden nagegaan of de rechtsfiguur van de benadeling *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties al dan niet wegneemt. We vertrokken bij dit onderzoek vanuit een voorlopige begripsbepaling van de benadeling, zijnde “*het nadeel dat door een persoon geleden worden ten gevolge van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling.*”¹⁰³¹

324. *Historische achtergrond* – Een historische blik op de rechtsfiguur van de benadeling heeft aangetoond dat deze rechtsfiguur doorheen de geschiedenis steeds opnieuw op verschillende wijze werd onthaald. Of zoals CORNELIS het treffend formuleert: “*Opmerkelijk is de duidelijke slingerbeweging: nu eens een algemene afkeer, dan weer een magische aantrekkingskracht.*”¹⁰³² Daar waar de benadeling in het Romeinse recht een uitzondering was, werd deze rechtsfiguur in de Middeleeuwen veeleer de regel. Vanaf de 15^e eeuw kende de theorie echter een sterke achteruitgang. De benadeling werd doorheen de geschiedenis ook vanuit twee invalshoeken benaderd. Zo prevaleerde de *objectieve* benadering in de Middeleeuwen met de ontwikkeling van de *iustum pretium*-doctrine, terwijl de benadeling nadien veeleer *subjectief* benaderd werd en in verband werd gebracht met de leer van de wilsgebreken.¹⁰³³

325. *Toepassingsgevallen in het Burgerlijk Wetboek* – Sommige bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek worden ten onrechte als een toepassingsgeval van de benadeling beschouwd (bv. art. 783 B.W. en art. 1966, lid 2 B.W.). Ook de benadelingsregels bij de verdeling en het verbod op het leonijns beding stemmen niet overeen met onze begripsbepaling van de benadeling. Het nadeel dat in die gevallen door een partij wordt geleden, vloeit immers niet voort uit het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties op het ogenblik van het stellen van die rechtshandelingen. Deze vorderingen bij de verdeling en het verbod op leonijnse bedingen in vennootschapscontracten vinden veeleer hun grondslag in de essentie van deze rechtshandelingen zelf, respectievelijk de gelijkheid en de *affectio societatis*.

¹⁰³¹ *Supra*, nrs. 137-138.

¹⁰³² L. CORNELIS, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *RW* 1988-1989, (1381) 1381. Zie tevens GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 765-766, nr. 784: “*Les hauts et les bas de l'action en rescision pour lésion*”.

¹⁰³³ *Supra*, nrs. 151 e.v.

Met de bepalingen inzake de benadeling bij minderjarigen en de benadeling bij de verkoop van een onroerend goed, liggen wel toepassingen van de benadeling voor. Nochtans verschillen deze bepalingen ook sterk. Zo is de benadelingsregel bij minderjarigen ruimer dan onze voorlopige begripsbepaling: niet enkel de *interne benadeling* (het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties) wordt getoetst, maar ook de *externe benadeling* (het onevenwicht tussen de hoofdprestatie van de minderjarige en zijn algemene vermogenstoestand). De benadelingsregel bij de verkoop van een onroerend goed omvat enkel de interne benadeling, en stemt derhalve volledig overeen met onze voorlopige begripsbepaling. Daarnaast verschilt ook de *ratio legis* van beide bepalingen. De benadelingsregel bij minderjarigen vormt een verzachtende afwijking van het algemene regime van de handelingsonbekwaamheid, teneinde die onbekwaamheid niet verder te laten reiken dan noodzakelijk. De vernietigingsvordering wegens benadeling bij de verkoop van onroerende goederen, werd daarentegen ingevoerd omwille van de nood aan bescherming van de zwakkere contractpartij. Enkel dit toepassingsgeval werd als compenserend instrument ingevoerd ter bescherming van de zwakke contractpartij bij een aantasting van zijn contractvrijheid.¹⁰³⁴

326. *Latere bijzondere toepassingsgevallen* – In de loop van de 19^e en 20^e eeuw heeft de Belgische wetgever verschillende bijzondere toepassingen van de benadeling ingevoerd (bv. de benadeling bij de koop van bepaalde grondstoffen voor de landbouw, de benadeling bij hulp en berging op zee). Opvallend is dat veel van deze toepassingsgevallen zijn ingegeven door de wil van de wetgever om de zwakke contractpartij te beschermen tegen misbruik door de medecontractant. Bepaalde auteurs beschouwden (sommige van) deze bepalingen dan ook als een toepassing van (het algemeen rechtsbeginsel van) de gekwalificeerde benadeling.¹⁰³⁵ Met artikel 1907^{ter} B.W. ligt in ieder geval een duidelijke wettelijke toepassing van de gekwalificeerde benadeling voor.¹⁰³⁶

Ook de 19^e en 20^e- eeuwse rechtspraak ging op zoek naar creatieve oplossingen om onbillijke overeenkomsten aan te pakken. Dit veruitwendigde zich in de vroege rechtspraak inzake leningen op interest, die als een voorloper van de leer van de gekwalificeerde benadeling kan worden beschouwd, alsook in de rechtspraak inzake de matiging van het honorarium van lasthebbers.¹⁰³⁷

327. *Rechtsvergelijkende bevindingen* – Een blik op het Franse en Nederlandse, en in mindere mate het Duitse recht, heeft aangetoond dat de aanpak inzake de benadeling er zeer gelijkaardig is als in het Belgische recht. De benadeling wordt er in beginsel verworpen als algemene vernietigingsgrondslag. Op fragmentarische wijze worden echter toch enkele (vermeende) toepassingen van de benadeling aanvaard. Soms gaat het daarbij om dezelfde of gelijkaardige toepassingen als in het Belgische recht (bv. de benadeling bij hulp en berging op zee).¹⁰³⁸

328. *Benadeling in het Belgische recht: een eindbalans* – Onze voorlopige begripsbepaling van de benadeling werd als te eng ervaren. Met deze omschrijving werd immers enkel de *interne* of *intrinsieke* benadeling gedefinieerd. Daarnaast bestaat echter ook een vorm van *externe* of *extrinsieke* benadeling, waarbij het evenwicht wordt getoetst tussen de hoofdprestatie van een contractpartij en zijn vermogen en/of inkomsten (bv. de benadelingsregel bij minderjarigen en de kosteloze borgtocht). Aangezien ons onderzoek zich evenwel toespitst op de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen

¹⁰³⁴ *Supra*, nrs. 173-244.

¹⁰³⁵ Zie in dit verband, *supra*, nrs. 299 en 304, alsook *infra*, nr. 370.

¹⁰³⁶ *Supra*, nrs. 245-272.

¹⁰³⁷ *Supra*, nrs. 294-297 en 309-322.

¹⁰³⁸ *Supra*, nrs. 273-292.

de contractuele hoofdprestaties, wordt de externe benadeling hierna buiten beschouwing gelaten. Naar de interne benadeling verwijzen we verder ook gewoon met het begrip *benadeling*.

De basisgedachte inzake de benadeling in het Belgische recht is duidelijk: de benadeling wordt verworpen als een algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten. Op deze regel worden verscheidene uitzonderingen aanvaard. Daarbij valt op dat deze uitzonderingen zeer *fragmentarisch* zijn. Het betreffen uiteenlopende bepalingen, met telkens een sterk afgebakend toepassingsgebied en een beperkte kring van beschermingsgerechtigden. Vaak gaat het ook om verouderde bepalingen die op vandaag vreemd aanvoelen. Dat is zeker het geval bij de benadelingsregel ten voordele van de verkoper van een onroerend goed, die expliciet uitgesloten wordt ten voordele van de koper. De bepalingen vormen allerminst een coherent geheel, dit omwille van de verschillen in toepassingsgebied, beschermingsgerechtigden en hoegrootheid van de vereiste benadeling. Het is echter wel duidelijk dat de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in verschillende bepalingen als compenserend instrument wordt ingezet bij een (dreigend) gebrek aan contractvrijheid. Omwille van het fragmentarische karakter van deze bepalingen en de afwezigheid van een coherent leerstuk moet evenwel besloten worden dat de rechtsfiguur van de benadeling onvoldoende draagkracht heeft om *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties weg te nemen.

329. *Vervolg van het onderzoek: de gekwalificeerde benadeling* – De rechtspraak uit de 19^e en begin 20^e eeuw alsook enkele toonaangevende auteurs uit die periode hebben bijgedragen tot de ontwikkeling van de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling. Deze rechtsfiguur, een uitloper van de subjectieve benadeling, legt de nadruk op het misbruikvereiste en heeft zo het fragmentarische karakter van de benadeling met een beperkte kring van beschermingsgerechtigden, kunnen doorbreken ten voordele van een algemene draagwijdte. In het volgende hoofdstuk zal deze rechtsfiguur, die in de loop van de 20^e eeuw een plaats heeft verworven in het Belgische verbintenissenrecht, van naderbij bestudeerd worden, teneinde na te gaan of deze rechtsfiguur (als gemeenrechtelijke instrument dat ter compensatie van een tekort aan contractvrijheid een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toelaat), *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wegneemt.

HOOFDSTUK II. DE RECHTSFIGUUR GEKWALIFICEERDE BENADELING

“(…) elle ne tend précisément qu’à réaliser, non point un résultat juste mais une lutte juste.”
(DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 74)

330. *Overzicht* – In dit hoofdstuk bestuderen we de gekwalificeerde benadeling. We vangen deze studie aan met een beknopte *kroniek van de Belgische rechtspraak* inzake de gekwalificeerde benadeling (Afdeling I). Vervolgens zetten we de *verworvenheden* omtrent deze rechtsfiguur in het Belgische recht op een rij en werpen we tevens een blik op verwante rechtsfiguren in buitenlandse rechtssystemen (Afdeling II). Daarna gaan we dieper in op de *grondslag* van de gekwalificeerde benadeling in het Belgische recht (Afdeling III), om tot slot op basis van deze bevindingen de *toepassingsvoorwaarden* van de gekwalificeerde benadeling te verfijnen (Afdeling IV).¹⁰³⁹

AFDELING I. KRONIEK VAN DE BELGISCHE RECHTSPRAAK INZAKE GEKWALIFICEERDE BENADELING

331. *Inleiding* – We hebben ervoor gekozen om in deze eerste afdeling een kroniek van de Belgische rechtspraak inzake de gekwalificeerde benadeling op te nemen. Deze keuze kan verantwoord worden door de afwezigheid van een wettelijke bepaling inzake de gekwalificeerde benadeling in het Belgische recht. Daardoor vormt de rechtspraak, samen met de doctrine, de belangrijkste motor bij de ontwikkeling van de gekwalificeerde benadeling in ons recht. Bij gebrek aan een wettelijke bepaling ter zake, zal dit overzicht van rechtspraak ook het vertrekpunt vormen van ons onderzoek inzake de gekwalificeerde benadeling. De (praktische) pijnpunten die we bij wijze van besluit uit dit overzicht van rechtspraak distilleren¹⁰⁴⁰, zullen als kapstok dienen bij de verdere bespreking van de gekwalificeerde benadeling. Onze aandacht gaat in de eerste plaats uit naar de arresten van de hoven van beroep, aangevuld met de interessante vonnissen uit de lagere rechtspraak.¹⁰⁴¹ We bespreken de rechtspraak in chronologische volgorde.

§1. Rechtspraak hoven van beroep

332. *Gent 7 april 1897*¹⁰⁴² – De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, werden eerder uiteengezet bij de bespreking van het cassatiearrest van 3 februari 1898.¹⁰⁴³ Aangaande de overeenkomst – een combinatie van lening en koop-verkoop – die een jonge student afsloot met een juwelier, oordeelde het hof van beroep te Gent dat de oorzaak ongeoorloofd was wegens strijdigheid

¹⁰³⁹ KRUTHOF bekritiseerde o.i. terecht de werkwijze van DE BONDT die eerst de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling uitwerkt, om pas daarna de juridische grondslag van deze rechtsfiguur aan te wijzen. Wij zijn met KRUTHOF van oordeel dat eerst de grondslag van de gekwalificeerde benadeling dient te worden bepaald om vervolgens – vanuit de achtergrond van de juridische grondslag – de toepassingsvoorwaarden te onderzoeken. Zie R. KRUTHOF, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, (940) 942. In dezelfde zin, doch op minder expliciete wijze, J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752 (“*Une fois les fondements de la lésion qualifiée précisés, il convient d’en examiner les conditions d’application*”) en C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 193 (“*De optie voor de ene of de andere rechtsgrond heeft niet louter een academisch belang, maar bepaalt mede de toepassingsvoorwaarden en de sanctie van de gekwalificeerde benadeling.*”).

¹⁰⁴⁰ *Infra*, nrs. 363-365.

¹⁰⁴¹ Arresten van het Hof van Cassatie worden niet in de kroniek besproken. Zie in dat verband *infra*, nrs. 374-376.

¹⁰⁴² Gent 7 april 1897, *Pas.* 1897, II, 360.

¹⁰⁴³ *Supra*, nr. 297.

met de goede zeden. Het hof motiveerde zijn beslissing als volgt: “*qu’il (le vendeur) a abusé des passions et des faiblesses d’un emprunteur jeune et sans expérience, dont il connaissait la conduite et qui, peu de temps après, a été placé sous conseil judiciaire ...*”.

333. *Brussel 3 mei 1921*¹⁰⁴⁴ – Deze zaak betreft verschillende leningen op interest, waarbij de conventionele interesten de wettelijke interestvoet overschrijden. Het hof oordeelde op basis van de feiten dat de afspraken tussen de contractpartijen een duidelijk *misbruik* inhielden van de *zwakheid* van de ontlener. Op basis van deze vaststelling oordeelt het hof dat de verschillende leningen een ongeoorloofde oorzaak hebben.

334. *Gent 8 juni 1928*¹⁰⁴⁵ – In de onderliggende zaak werd een interest bedongen van 2% per week op het uitgeleende bedrag van 2.000 fr., wat de uitlener toelaat om zijn kapitaal op het einde van het jaar te verdubbelen. Deze uitermate hoge interestvoet bewijst volgens het hof *niet enkel* de hebzucht en de wil tot uitbuiting in hoofde van de uitlener, *maar ook* het misbruik van de zwakheid van de ontlener. Het hof oordeelt dat de werkelijke oorzaak van de lening of de beweegreden van de ontlener om met die voorwaarden in te stemmen, niet moet worden onderzocht. De vaststelling van een dermate hoge interestvoet bewijst de aanwezigheid van dwang in hoofde van de ontlener. Deze overeenkomst is strijdig met de goede zeden en heeft een ongeoorloofde oorzaak. Opmerkelijk is dat het misbruik van zwakheid uit de hoge interestvoet wordt afgeleid.

335. *Brussel 18 januari 1929*¹⁰⁴⁶ – Ook deze zaak betrof een lening op interest, waarbij appellant het overdreven karakter van de interesten inroept om aan de betaling ervan te ontkomen. Het hof van beroep stelt vast dat appellant enkel het overdreven karakter van de interesten inroept, en verder geen melding maakt van één of ander manoeuvre in hoofde van de uitlener. Derhalve kunnen de overeenkomsten volgens het hof niet nietig worden verklaard wegens ongeoorloofde oorzaak, aangezien appellant niet aantoonde dat misbruik werd gemaakt van zijn zwakheid of hartstochten.

336. *Brussel 1 april 1952*¹⁰⁴⁷ – Dit arrest bevestigt een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel.¹⁰⁴⁸ De zaak betrof een overeenkomst die aan eiseres de exclusieve eigendom bezorgde van diverse terreinen met een waarde van 543.600 fr., in ruil voor de verzaking door eiseres, ten voordele van verweerder, van alle onverdeelde rechten op bepaalde andere domeinen geschat op 547.436 fr. In werkelijkheid werd met deze overeenkomst echter misbruik gemaakt van eiseres, aangezien de verzaakte rechten geen waarde hadden van 547.436 fr. maar veeleer van 1.200.000 fr. Verweerder, aan wie eiseres, een dame op leeftijd en zonder ervaring in het zakendoen, het beheer van haar goederen had toevertrouwd, was daarvan op de hoogte, wanneer hij de overeenkomst opstelde. De rechtbank van eerste aanleg oordeelde dat “*qu’une convention d’échange qui trouve sa cause non pas dans les prestations réciproques des parties mais dans le seul abus par l’une d’elle de la faiblesse et de l’ignorance de l’autre est évidemment nulle, à raison de l’immoralité foncière de sa cause*”. Het hof van beroep bevestigde deze uitspraak.

337. *Brussel 28 januari 1963*¹⁰⁴⁹ – Deze zaak betrof een overeenkomst tot verkoopbemiddeling, waarbij geïntimeerde de exclusieve opdracht gaf aan appellante om gedurende een periode van 6

¹⁰⁴⁴ Brussel 3 mei 1921, *BJ* 1921, 433.

¹⁰⁴⁵ Gent 8 juni 1928, *Pas.* 1928, II, 187.

¹⁰⁴⁶ Brussel 18 januari 1929, *TBH* 1929, 129.

¹⁰⁴⁷ Brussel 1 april 1952, *JT* 1952, 399, noot J. VAN UYTVANCK.

¹⁰⁴⁸ Rb. Brussel 17 maart 1951, *JT* 1952, 55.

¹⁰⁴⁹ Brussel 28 januari 1963, *Pas.* 1964, II, 233.

maanden een koper te vinden voor zijn woning tegen een commissieloon van 3% op de verkoopprijs. De verkoop werd uiteindelijk tijdens deze periode van zes maanden verkocht door toedoen van een andere persoon, waarop appellante zijn commissie vordert van geïntimeerde. Geïntimeerde betwist allereerst het bestaan van de overeenkomst. Het hof oordeelt echter dat *“men niet ernstig kan volhouden dat kwestieuze overeenkomst nietig zou zijn op grond van onwetendheid, onkunde en onervarenheid terzake van geïntimeerde, van zijn goedgelovigheid en zijn vertrouwen als vriend, en van zijn nood (om een koper te vinden); Overwegende dat geïntimeerde, die als zeer gekend musicus beschreven wordt, weliswaar niet noodzakelijk als een zakenman moet voorkomen, ofschoon hij sinds ettelijke jaren een herberg uitbaat in het centrum van de stad Antwerpen; dat het echter niet bewezen wordt dat hij de draagwijdte der door hem ondertekende stukken niet vatten zou, ook al laat hij onder zijn handtekening volgen ‘in alle vertrouwen’”*. In ondergeschikte orde argumenteert geïntimeerde, gelet op de geringe prestaties van appellante, dat zijn verplichting nietig is op grond van artikel 1131 en 1133 Burgerlijk Wetboek omwille van een ongeoorloofde oorzaak. Het hof verwerpt deze argumentatie als volgt: *“Overwegende dat het nastreven van een monopolium om bij verkoop van een eigendom als bemiddelaar op te treden mits een commissieloon van 3 procent, of zelfs buiten medewerking, als dusdanig niet immoreel voorkomt wanneer, (...), noch onkunde noch onervarenheid noch nood of dergelijke blijkt aan de zijde van de medecontractant, aan wie het bovendien vrijstaat contractueel de verlangde tegenprestaties te vergen.”* De vordering van appellante wordt ontvankelijk en gegrond verklaard. Het misbruikvereiste werd niet bewezen geacht.

338. *Brussel 26 november 1980*¹⁰⁵⁰ – Dit arrest vormt een toepassing van de gekwalificeerde benadeling, zij het impliciet en onrechtstreeks via de omweg van de interpretatie van de overeenkomst. De overeenkomst werd op zo’n wijze geïnterpreteerd, dat er van gekwalificeerde benadeling geen sprake meer was.¹⁰⁵¹ Partijen sloten een eerste overeenkomst tot minimumafname van een hoeveelheid smeer- en brandstoffen. Over een tweede overeenkomst tussen dezelfde contractpartijen ontstond betwisting. De afnemer oordeelde dat in deze overeenkomst de verplichting tot minimumafname (uit de eerste overeenkomst) werd tenietgedaan. Het hof volgde deze redenering, overwegende dat *“overigens de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen alleen in die zin een geoorloofd gevolg kan hebben. Overwegende immers dat, rekening houdend met de, weliswaar vrijelijk, uit winstbejag, door een handelaar beloofde, maar toch onbetwistbaar hoog opgelegde minimum afname (...) per jaar, in een station waarvan de werking afhangt van talrijke onvoorzienbare factoren, en ook rekening gehouden met de praktisch oncontroleerbare winstmarge, een duidelijk en gewichtige wanverhouding bestaat tussen de aanvankelijk overeengekomen wederzijdse verbintenissen, die haar oorsprong vindt in het uitbuiten van de ondergeschikte positie en onervarenheid van geïntimeerde (...)”*. (eigen onderlijning)

339. *Brussel 17 maart 1982*¹⁰⁵² – Ook in een zaak waar de rechtsverhouding tussen een bemiddelaar bij de verkoop van een bedrijf en de opdrachtgever werd geïnterpreteerd, werd via interpretatie op onrechtstreekse wijze toepassing gemaakt van de gekwalificeerde benadeling.¹⁰⁵³ Op basis van enkele feitelijke gegevens beslist het hof dat de overeenkomst moet worden uitgelegd volgens het algemeen gebruik, dat erin bestaat dat partijen een commissieloon berekenen op basis van de werkelijke

¹⁰⁵⁰ Brussel 26 november 1980, *BRH* 1982, 162.

¹⁰⁵¹ In dezelfde zin, R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 396-397.

¹⁰⁵² Brussel 17 maart 1982, *RW* 1983-84, 2829.

¹⁰⁵³ In dezelfde zin, R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 396-397.

overdrachtprijs, en niet op basis van een vooropgestelde streefprijs. Immers, “*elke andere uitlegging [zou] tot gevolg (...) hebben dat de overeenkomst door nietigheid zou zijn aangetast; dat door een commissieloon te bedingen van de op de pensioenleeftijd geraakte opdrachtgever, dat berekend was op een patent overdreven overnameprijs, geïntimeerde misbruik zou hebben gemaakt van de onwetendheid, zwakheid of onervarenheid van appellant.*”

340. *Bergen 4 mei 1982*¹⁰⁵⁴ – Deze zaak betrof de verkoop op lijfrente van een onroerend goed tussen twee echtparen. Teneinde een evenwicht te bewaren tussen de koopkracht van de frank op datum van de verkoop en de datum van de betalingen, werd een clause opgenomen op basis waarvan de rentes variëren, gebaseerd op de consumptieprijzenindex. Door het hof wordt vastgesteld dat deze clause onbetwistbaar zeer nadelig is voor de kopers. Appellanten werpen o.m. op dat deze clause *leonijns* is en derhalve nietig. Het hof oordeelt terecht dat het adjectief *leonijns* in ons recht in beginsel enkel erkend en gehanteerd wordt in (oud) artikel 1855 B.W. inzake vennootschapscontracten.¹⁰⁵⁵ Aangezien de clause inderdaad zeer nadelig is voor de kopers, zou men kunnen zeggen dat dit beding de kopers benadeelt in de ruime zin van het woord. Evenwel benadrukt het hof dat benadeling enkel in bepaalde contracten en voor bepaalde personen een vernietigingsgrondslag uitmaakt. Het hof stelt voorts ook dat geen toepassing van de gekwalificeerde benadeling voorligt. Voor de toepassing van die rechtsfiguur is immers vereist “*non seulement une disproportion entre les prestations, mais aussi le fait qu’un des contractants ait abusé de l’ignorance, des passions ou des faiblesses de l’autre*”.

341. *Antwerpen 21 januari 1986*¹⁰⁵⁶ – Dit arrest kan als een principearrest inzake de gekwalificeerde benadeling worden beschouwd. Deze zaak betrof een overeenkomst waarbij de rechtsvoorgangers van appellant een recht van opstal toekenden op een perceel grond waarvan zij eigenaars waren. Het opstalrecht werd toegekend aan een bedrijf dat op de grond een tankstation zou bouwen en exploiteren. Het opstalrecht werd verleend voor een maximumduur van 50 jaar, die bij wederzijds akkoord kon worden verkort. De opstalhouder kon vóór het einde van die termijn de overeenkomst beëindigen, mits inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden. Als tegenprestatie werd een prijs van 780 fr. per jaar vastgelegd, zonder dat de aanpasbaarheid ervan werd bedongen. Voorts werd in de overeenkomst bepaald dat de opstalhouder de belastingen draagt op het stuk grond en op de gebouwen alsook dat hij op het einde van de overeenkomst eigenaar zou worden van deze gebouwen. Appellant vordert de (absolute) nietigheid van de overeenkomst wegens gekwalificeerde benadeling. Hij meent dat er een duidelijke wanverhouding bestaat tussen de wederzijds bedongen prestaties (enerzijds, de lange duur van het verleende opstalrecht en anderzijds, de verschuldigde, onveranderlijke prijs). Hij argumenteert tevens dat zijn ouders eenvoudige arbeidersmensen waren die niet vertrouwd waren met de betrokken rechtshandeling en dat zijn vader ernstig ziek was op het moment van de contractsluiting. Hij meent dat moet worden aangenomen dat geïntimeerde misbruik maakte van de onervarenheid, onwetendheid, nood en zwakte van haar medecontractanten. Als grondslag van de gekwalificeerde benadeling wordt door appellant de leer van de ongeoorloofde oorzaak aangewezen.

Het hof verwerpt de ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling, ten voordele van de leer inzake de *culpa in contrahendo* (art. 1382 B.W. e.v.): “*(...) dat het nastreven*

¹⁰⁵⁴ Bergen 4 mei 1982, *Pas.* 1982, II, 71.

¹⁰⁵⁵ In andere zin, Brussel 8 juni 1972 en Brussel 20 december 1971, waar inzake overeenkomsten andere dan vennootschapscontracten als volgt geoordeeld werd: “*Pour qu’un contrat puisse être considéré comme léonin, autorisant le juge à modifier ou à atténuer la rigueur des clauses souscrites, il faut que ces clauses aboutissent à détruire l’objet ou l’économie du contrat*”. (Brussel 8 juni 1972, *Pas.* 1972, II, 167 en Brussel 20 december 1971, *Pas.* 1972, II, 47)

¹⁰⁵⁶ Antwerpen 21 januari 1986, *RW* 1986-1987, 1488, noot D. DELI. Zie ook de bespreking bij E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 397.

van een aanzienlijk profijt op zich, niet onwettig is, aangezien dit het normaal en rechtmatig oogmerk is van de handel, maar dat het element dat in de gekwalificeerde benadeling laakbaar is, de middelen zijn – de uitbuiting van andermans minderwaardigheid – om dit doel te bereiken; dat de artikelen 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek tot doel hebben het ongeoorloofd resultaat van de overeenkomst te beteugelen en niet de ongeoorloofde handelwijze van een der partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst; Overwegende dat diegene die van de onwetendheid, onervarenheid, nood en zwakte van zijn medecontractant misbruik maakt om een verbintenis te bekomen die in aanzienlijke wanverhouding staat tot die welke hij zelf op zich neemt, een onrechtmatige daad pleegt bij het tot stand komen van het contract (culpa in contrahendo) en onder toepassing valt van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek.” (eigen onderlijning). Met dit arrest wijst het Hof expliciet de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels aan als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling. Het hof besluit verder evenwel dat de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling niet vervuld zijn. Zo kan niet vastgesteld worden dat de huurprijs in aanzienlijke wanverhouding staat tot de prestatie van de grondeigenaars. Niets wijst er ook op dat de grondeigenaars zich niet bewust zouden zijn geweest van de draagwijdte van de door hen aangegane verbintenissen.

342. *Luik 11 juni 1986*¹⁰⁵⁷ – Deze zaak betrof een hypothecaire lening, waarin een herzieningsclausule was opgenomen. Krachtens deze clausule behoudt de uitlener zich het recht voor om, wanneer de duur van de lening vijf jaar overschrijdt, middels een opzegtermijn van drie maanden de terugbetaling van de schuld te eisen bij de vervaldag van vijf jaar. De ontleners kunnen evenwel de voortzetting van de lening bekomen tegen de voorwaarden die op dat moment bij de uitlener gelden voor dergelijke leningen. In ondergeschikte orde vragen de ontleners om de clausule te vernietigen omwille van haar onbillijke karakter. Het hof oordeelt echter dat een onevenwicht tussen de partijen door de rechter kan worden aangepakt, in afwijking van de bindende kracht van de overeenkomst, indien dat onevenwicht resulteert uit een *culpa in contrahendo*, een gekwalificeerde benadeling of rechtsmisbruik. Volgens het hof kan niet worden vastgesteld dat deze voorwaarden vervuld zouden zijn. In het kader van het onderzoek naar de aanvaarding van deze clausule door de ontleners en de precontractuele informatieplichten had het hof trouwens al vastgesteld dat de ontleners geen personen zijn die niet onderlegd zijn in het zakendoen en die ontwetend zouden zijn inzake financiële materies. In deze zaak stond o.i. ook niet zozeer het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ter discussie, maar veeleer een onevenwichtige herzieningsclausule, en dus de bijkomende rechten en verplichtingen van de partijen.

343. *Luik 17 oktober 1996*¹⁰⁵⁸ – Aan deze zaak ligt een vennootschapscontract ten grondslag, waarbij twee werknemers toetreden tot de vennootschap van het (kleine) bedrijf waarvoor ze werken. Krachtens een contractuele clausule moeten de twee (oud-)werknemers maandelijks een lijfrente geïndexeerd op een bedrag van 10.000 fr. betalen aan hun voormalige baas en huidige mede-vennoot ter compensatie van zijn verlies aan inkomsten, wanneer deze laatste na 1 juli 1979 zijn activiteiten staakt. De voormalige baas dagvaardt beide vennoten tot betaling van de achterstallige renten. De schuldenaars werpen op dat de clausule nietig is wegens gekwalificeerde benadeling. Het hof stelt de toepassingsvoorwaarden voor gekwalificeerde benadeling voorop. Aangaande het misbruikvereiste stelt het hof expliciet: “*Attendu que la faute de la partie coupable de lésion n’implique pas l’existence de manoeuvres destinées à emporter l’accord de la victime de ladite lésion; la connaissance de la situation difficile de l’autre partie et le fait d’en profiter suffisent à caractériser l’abus (...)*” Het hof stelt vast

¹⁰⁵⁷ Luik 11 juni 1986, *RRD* 1986, 240. Zie ook S. STIJNS, P. WÉRY en D. VAN GERVEN, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 712.

¹⁰⁵⁸ Luik 17 oktober 1996, *JT* 1997, 569.

dat de schuldenaars zeer jong zijn (17 en 18 jaar) alsook onervaren inzake het beheer en de boekhouding van een bedrijf. Hun verbintenis tot betaling van een rente bij het staken van de activiteiten van schuldeiser staat vast; enkel de opeisbaarheid ervan wordt overgelaten aan de wil van schuldeiser. Het hof analyseert vervolgens van naderbij de wederzijdse hoofdprestaties van de partijen en stelt vast dat er effectief een flagrante wanverhouding bestaat tussen beiden. De overeenkomst wordt vernietigd op basis van gekwalificeerde benadeling. Opmerkelijk is de expliciete invulling die het Hof geeft aan het misbruikvereiste. Voor misbruik volstaat de kennis in hoofde van de misbruikplegende partij van de omstandigheden van inferioriteit alsook het feit dat er gebruik werd van gemaakt. Een manoeuvre om de toestemming van de medecontractant te bekomen, wordt niet vereist.

344. *Antwerpen 27 april 1998*¹⁰⁵⁹ – In deze zaak diende het hof zich uit te spreken over de geldigheid van een artiestenovereenkomst. Appellant heeft in deze overeenkomst zijn rechten als uitvoerend kunstenaar overgedragen aan geïntimeerde met het oog op de exploitatie van enkele van zijn nummers. Geïntimeerde ging ook de verbintenis aan om zoveel mogelijk betalende opdrachten te zoeken en artistieke prestaties te verwerven. Als tegenprestatie ontving appellant 30% van de bruto-opbrengst van zijn live-optredens. Het inkomen van appellant stond derhalve in verhouding tot het succes van zijn nummers. Appellant voert aan dat deze overeenkomst nietig is wegens gekwalificeerde benadeling. Het hof oordeelt evenwel dat de toepassingsvoorwaarden niet vervuld zijn: “(...) *de persoonlijke omstandigheid van inferioriteit, fysieke, morele of financiële noodtoestand, [...] kan (niet) bepaald worden als een gebrek aan beroepservaring in een sector waar appellant ervaring wenst op te doen ten deze als beroepszanger; dat in redelijkheid moet aangenomen dat geïntimeerde aan appellant alle kansen heeft geboden om zich als beroepszanger te ontwikkelen, te begeleiden en te promoten door hem kennis en infrastructuur ter beschikking te stellen*”.

345. *Gent 15 april 1999*¹⁰⁶⁰ – Appellante sluit met geïntimeerde een overeenkomst voor het zoeken van een koper voor haar woning. De overeenkomst heeft een duurtijd van tien maanden en het ereloon wordt vastgelegd op 5% van de overeengekomen verkoopprijs. Bij verbreking is een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd van 5% op de voormelde verkoopprijs. Amper drie dagen na de contractsluiting laat appellante weten dat zij de verkoopopdracht wenst in te trekken, aangezien zij geen akkoord bekomt van haar mede-eigenaars. Geïntimeerde vordert de forfaitaire schadevergoeding wegens verbreking van de overeenkomst. Appellant meent dat de eerste rechter ten onrechte de door haar ingeroepen gekwalificeerde benadeling niet heeft weerhouden. Het hof overweegt dat de gekwalificeerde benadeling een verkeerd gebruik van de contractvrijheid betreft: “*De contractvrijheid dient, zoals elk recht, op een behoorlijke manier naar het voorbeeld van een ‘goede huisvader’ te worden uitgeoefend*”. Het hof oordeelt echter dat de vaststelling dat geïntimeerde een beroepsmakelaar is en appellante een weduwe, landbouwster op rust, onvoldoende is om te spreken van een merklijk ongelijkwaardige positie van de contractpartijen. Daarenboven acht het hof het evenmin bewezen dat geïntimeerde misbruik zou hebben gemaakt van de vermeende inferieure positie van appellante met een aanzienlijk onevenwicht tussen de overeengekomen contractuele prestaties tot gevolg.

346. *Gent 19 maart 1999*¹⁰⁶¹ – Ook deze zaak betrof een makelaarscontract tussen een beroepsmakelaar (appellante) en een echtpaar (geïntimeerden), waarbij de makelaar de exclusieve opdracht kreeg een koper te zoeken voor hun hoeve tegen een verkoopprijs van 3.000.000 fr. Amper drie dagen na de contractsluiting bood de makelaar zich aan bij het echtpaar en kocht hij het goed zelf

¹⁰⁵⁹ Antwerpen 27 april 1998, *IRDI* 1998, 240.

¹⁰⁶⁰ Gent 15 april 1999, *AJT* 1999-2000, 698.

¹⁰⁶¹ Gent 19 maart 1999, *TBBR* 2000, 315.

aan voor een prijs van 2.800.000 fr. Enkele dagen later wordt de hoeve in een advertentieblad te koop aangeboden. Een nieuwe koper koopt de hoeve uiteindelijk voor een prijs van 3.450.000 fr. De oorspronkelijke eigenaars weigeren echter tot het verlijden van de authentieke akte over te gaan en argumenteren dat de onderhandse koopakte nietig is. Appellante dagvaardt daaropvolgend geïntimeerden. Het hof bestudeert de aantasting van de overeenkomst door bedrog en door gekwalificeerde benadeling. Het hof oordeelt dat “(...) *in de concrete omstandigheden moet aangenomen worden dat – gelet op de winstverwachting die afgezien de te kwijten rechten (sic), erelonen en kosten nog verhoopt werden door V. (appellante) – de bespiegelingen van V. hebben geleid tot een overeenkomst met manifeste wanverhouding tussen de wederzijdse verbintenissen; de inferioriteit van de verkopers, staande tegenover een professioneel makelaar, op het ogenblik van het contracteren staat vast; afgezien de leeftijd der verkopers (sic), was Arsène D. terminaal ziek ten tijde van de koop-verkoop; onverminderd de impact hiervan op zijn echtgenote, staat vast dat Arsène D. een maand later is overleden. Het is evident dat de beroepsverkoper, bij uitstek gekwalificeerd om de waarde van onroerend goed in te schatten, misbruik heeft gemaakt van deze moeilijke omstandigheden waarin onwetende particulieren zich bevonden*”. De overeenkomst wordt nietig verklaard op basis van gekwalificeerde benadeling, omwille van een beweegreden die strijdig is met de openbare orde. Het hof hechtte daarbij groot belang aan de professionele hoedanigheid van de makelaar.

347. *Bergen 14 februari 2000*¹⁰⁶² – Deze zaak betrof een overeenkomst tot verkoop van aandelen. Appellanten (de kopers) beweren dat de overeenkomst nietig moet worden verklaard wegens benadeling, aangezien de waarde van de aandelen lager ligt dan 7.500 fr., terwijl geïntimeerden er 19.842 fr. wilden voor krijgen. Het hof stelt vast dat appellanten geen bewijs aanbrengen dat deze bewering ondersteunt. Verder oordeelt het hof dat de benadeling slechts in bepaalde contracten wordt aanvaard als vernietigingsgrondslag. Wel kan de gekwalificeerde benadeling toegepast worden op alle contracten, maar de appellanten geven in dat opzicht geen verdere uitleg, ook niet over de juridische basis waarop ze de benadeling waarvan ze het slachtoffer beweren te zijn, gronden.

348. *Luik 12 september 2001*¹⁰⁶³ – In deze zaak vernietigt het hof de verkoop van de inboedel en de verkoop van een onroerend goed tegen lijfrente omwille van een gebrek aan toestemming in hoofde van de verkoper. Op basis van medische verslagen besluit het hof dat de verkoper, een man met een zwaar psychiatrisch verleden, bij de ondertekening van bovenstaande overeenkomsten niet over een bewuste en vrije wil beschikte, en derhalve geen geldige toestemming kon geven. De vordering tot vernietiging wegens gekwalificeerde benadeling wordt niet ingewilligd. Volgens het hof werd niet aangetoond dat appellante (de koper) de zwakheden van de verkoper, op foutieve wijze, heeft willen uitbuiten. Uit het feit dat de verkoopprijs effectief een goede prijs is vanuit het oogpunt van de koper, kan immers niet afgeleid worden dat misbruik werd gemaakt van de zwakheden van de medecontractant en dat een manifest onevenwicht tussen de prestaties voorligt.

349. *Brussel 25 februari 2002*¹⁰⁶⁴ – Deze zaak betrof de beoordeling van de geldigheid van een overeenkomst, afgesloten tussen een slachtoffer van een brand en de door de brandverzekeraar aangestelde deskundige tot raming van de schade. De overeenkomst werd gesloten op dezelfde dag als het afbranden van het huis van het slachtoffer. Het slachtoffer van de brand beweert dat deze overeenkomst nietig is wegens gekwalificeerde benadeling. Het hof benadrukt dat voor de gekwalificeerde benadeling meer vereist is dan de loutere onevenredigheid tussen de wederzijdse

¹⁰⁶² Bergen 14 februari 2000, *JDSC* 2002, 74.

¹⁰⁶³ Luik 12 september 2001, *RRD* 2002, 195, noot T. STAROSSELETS.

¹⁰⁶⁴ Brussel 25 februari 2002, *RW* 2005-2006, 503, noot.

verbintenissen. Er moet ook misbruik worden aangetoond van de zwakheden van de medecontractant. Uit verschillende gegevens tussen verzekeraars en verzekerden kan het hof niet afleiden dat de vergoeding van 6% die bedongen werd in het contract tussen het slachtoffer en de deskundige, klaarblijkelijk onevenredig was. Het slachtoffer noch zijn gezinsleden waren thuis op het ogenblik van de brand. Uit het feit dat de overeenkomst werd gesloten op dezelfde dag als de brand kan dan ook niet afgeleid worden dat de deskundige misbruik maakte van de inferieure omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevond.

350. *Luik 28 oktober 2005*¹⁰⁶⁵ – De feiten die aan dit mooie arrest ten grondslag liggen, zijn de volgende. Een expediteur sluit een (kader)overeenkomst af met een zelfstandige transportondernemer. De zelfstandige transportondernemer voert de transporten uit voor de expediteur en neemt hierbij de investeringskosten voor het transport op zich. Verder verbindt de transportondernemer er zich toe om exclusief voor de expediteur te werken. De balans tussen de omzet die de expediteur heeft en de onkosten, is zeer nadelig voor de transportondernemer. De contractpartijen sluiten een (tweede) overeenkomst, waarbij een leasingovereenkomst voor een vrachtwagen wordt overgedragen door de zelfstandige transportondernemer (die zich in financiële moeilijkheden bevindt) aan de expediteur. De expediteur verbindt er zich toe de huurgelden te betalen aan de derde (leasinggever) en maandelijks de eigen uitbetalingen te factureren aan de transportondernemer. Deze laatste behoudt de mogelijkheid om exclusief te werken als onderaannemer bij de expediteur. Op het einde van het contract (slechts enkele maanden later) kan hij de vrachtwagen overkopen voor 500.000 fr., op voorwaarde dat hij alle schulden (ongeveer 800.000 fr.) ten aanzien van de expediteur vereffend heeft.

De transportondernemer vordert de nietigheid van deze overeenkomsten wegens gekwalificeerde benadeling. Het hof overweegt eerst *in abstracto* dat er bij gekwalificeerde benadeling misbruik moet zijn van een inferieure positie. Het misbruik veronderstelt noch een actieve gedraging noch een intentioneel element. De kennis van de inferieure positie alsmede het misbruik van deze situatie door een actieve of passieve gedraging is voldoende. De inferioriteit van één van de contractpartijen kan afgeleid worden uit de bijzondere band met de medecontractant, de socio-economische omstandigheden, een noodtoestand of het feit dat hij een zwakke juridische positie bekleedt. Het bestaan van een fout van onvoorzichtigheid of lichtzinnigheid in hoofde van de benadeelde heeft geen invloed op het bestaan van het misbruik van een machtspositie, behoudens tot vermindering van de eventuele schadevergoeding die gevorderd wordt.

Volgens het hof toont de aard van de contractuele relatie tussen de partijen *in concreto* de dominante positie van de expediteur aan. Hij gebruikt zelfstandige transporteurs die de transportkost op zich nemen en zich exclusief ten aanzien van hem verbinden. Zo ontwijkt de expediteur de sociale lasten die hij bij werknemers zou moeten dragen en de hoge kostprijs die hij zou dragen bij de aankoop van vrachtwagens. De expediteur maakt volgens het hof misbruik van deze positie, doordat de balans tussen het zakencijfer en de kosten in het nadeel speelt van de transporteur en de expediteur daarenboven exclusiviteit vereist. Het hof oordeelt vervolgens dat de overeenkomst tot overname van de leasingovereenkomst de transportondernemer benadeelt. Om op het einde van het contract de vrachtwagen te kunnen kopen, dient de expediteur aanzienlijke sommen geld op tafel te leggen, wat gelet op gemiddelde zakencijfer bijna onmogelijk is. De expediteur is derhalve zeker dat hij enkele maanden na de overname van het leasingcontract de vrachtwagen aan de residuaire waarde kan overkopen, en zo kan profiteren van de afbetalingen die de transportondernemer gedurende 4,5 jaren heeft gedaan. Deze laatste verliest zijn werktuig en moet een nieuwe truck aankopen zonder te kunnen genieten van de afbetalingen die hij in het kader van de leasingovereenkomst deed. De twee

¹⁰⁶⁵ Luik 28 oktober 2005, *TBBR* 2006, 398.

overeenkomsten worden nietig verklaard wegens gekwalificeerde benadeling. De benadeelde geïntimeerde wordt geacht lichtzinnig te hebben gehandeld door de rendabiliteit van dergelijke onderneming niet te onderzoeken met een boekhouder. Derhalve kan hij geen (bijkomende) schadevergoeding bekomen.

§2. Lagere rechtspraak

351. *Kh. Bergen 1 maart 1898*¹⁰⁶⁶ – Een lening toegekend aan een jonge man die net meerderjarig is geworden, tegen een rentevoet die een stuk hoger ligt dan de wettelijke rentevoet en die de geest van verkwisting lijkt aan te moedigen bij deze ontlener, heeft een ongeoorloofde oorzaak en is nietig. Er wordt in dat geval geprofiteerd van de zwakheid, de onervarenheid of de drang van zeer jonge mensen die vaak in het nauw gedreven zijn, door hen geld te lenen tegen interestvoeten die buitensporig zijn, buiten medeweten van of tegen de wil in van de familieleden.¹⁰⁶⁷

352. *Kh. Brussel 14 mei 1928*¹⁰⁶⁸ en *Kh. Brussel 11 oktober 1935*¹⁰⁶⁹ – Ook de rechtbank van koophandel te Brussel sprak zich in een vonnis van 14 mei 1928 uit over een lening op interest. De rechtbank benadrukte dat de benadeelde ontlener moet aantonen dat de uitlener misbruik maakte van zijn zwakheden of hartstochten. Het volstaat niet voor de ontlener om aan te tonen dat hij instemde met de zeer hoge interesten omdat hij het geleende geld dringend nodig had.

In schril contract met het vorige vonnis staat een latere uitspraak van de rechtbank van koophandel te Brussel van 11 oktober 1935. In deze zaak leidde de rechtbank uit de abnormaal nadelige bepalingen van de lening op interest af dat de toestemming van de benadeelde ontlener slechts kon verkregen zijn door een klaarblijkelijk misbruik van zwakheid. Derhalve werd de overeenkomst nietig verklaard wegens ongeoorloofde oorzaak.¹⁰⁷⁰

353. *Kh. Antwerpen 27 oktober 1959*¹⁰⁷¹ – Tussen een brouwerij en een café-uitbater wordt een overeenkomst van lening en bierlevering gesloten. De brouwerij kent aan de uitbater een lening toe van 150.000 fr. terug te betalen op een termijn van vijf jaar tegen een interest van 6%. Daarnaast verbindt de uitbater er zich gedurende negen jaren toe om zich uitsluitend bij de brouwerij (of een aangeduide voortverkoper) te bevoorraden, op straffe van een boete van 12.000 fr. per vastgestelde inbreuk. De brouwerij dagvaardt de uitbater tot betaling van een vergoeding wegens twee vastgestelde inbreuken op de exclusieve bevoorradingsverplichting. Bij tegenvordering vordert de uitbater de wijziging van de overeenkomst, teneinde toelating te bekomen zich elders te bevoorraden. De rechtbank stelt vast dat er inderdaad een wanverhouding bestaat tussen de wederzijdse verplichtingen ten nadele van de uitbater. De brouwerij heeft als enige verplichting de lening toe te staan, terwijl de uitbater er zich toe verbonden heeft het bedrag terug te betalen binnen vijf jaar tegen een interestvoet van 6% en zich gedurende negen jaar exclusief bij de brouwer te bevoorraden. Gedurende die negen jaar dient de uitbater o.m. alle recht van publiciteit af te staan aan de brouwerij en kan hij zijn etablissement niet wijzigen zonder toestemming van de brouwerij. Deze verplichtingen zijn volgens de rechtbank te verregaand en vinden

¹⁰⁶⁶ *Kh. Bergen 1 maart 1898, Pas. 1898, II, 147.*

¹⁰⁶⁷ Voor zeer gelijkaardige vonnissen inzake de toepassing van gekwalificeerde benadeling bij lening op interest, zie *Rb. Brugge 12 januari 1932, Pas. 1933, III, 79*; *Kh. Brussel 12 maart 1930, PP 1931, 133*; *Rb. Brussel 16 december 1910, Pas. 1911, III, 65*; *Rb. Brussel 27 oktober 1909, Pas. 1910, III, 48*; *Kh. Antwerpen 10 oktober 1892, PP 1892, 1014.*

¹⁰⁶⁸ *Kh. Brussel 14 mei 1928, JCB 1928, 209.*

¹⁰⁶⁹ *Kh. Brussel 11 oktober 1935, JCB 1938, 239.*

¹⁰⁷⁰ Voor een vonnis waar het misbruik van de zwakheid, de onwetendheid of de noodtoestand tevens afgeleid wordt uit de benadeling, zie *Rb. Namen 24 april 1939, Pas. 1940, III, 12.*

¹⁰⁷¹ *Kh. Antwerpen 27 oktober 1959, RW 1960-61, 398.*

hun oorsprong in het loutere feit van de superioriteit van de brouwerij. De overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak en is derhalve nietig. Evenwel slaat de nietigheid slechts op het deel van de overeenkomst dat ongeoorloofd is. De rechtbank herleidt de overeenkomst en de verplichtingen van de uitbater tot billijke proporties, d.i. tot een duurtijd van vijf jaar, wat overeenkomt met de terugbetalingstijd van de lening.¹⁰⁷²

354. *Kh. Brussel 20 februari 1970*¹⁰⁷³ – Een handelsagent wordt aangesteld om een overnemer te vinden voor een handelszaak tegen een commissie van 10% van de verkregen verkoopprijs. De commissie moet overeenkomstig het contract ook betaald worden, indien de opdrachtgever het contract eenzijdig opzegt. De overeenkomst wordt eenzijdig opgezegd door de opdrachtgever en de handelsagent vordert de commissie. Als verweer haalt de opdrachtgever aan dat het contract nietig is wegens ongeoorloofde oorzaak, aangezien hij benadeeld werd doordat hij een verbintenis moet aangaan zonder tegenprestatie. De rechtbank oordeelt dat het immorele plan om zich onrechtmatig te verrijken op kosten van de opdrachtgever zonder tegenprestatie, niet vastgesteld kan worden. De benadeling kan volgens de rechtbank ook niet weerhouden worden, aangezien de opdrachtgever dit middel enkel steunt op artikel 1131 en 1133 B.W. terwijl de gekwalificeerde benadeling grondslag vindt in artikel 1382 B.W.

355. *Kh. Brussel 16 april 1974*¹⁰⁷⁴ – Deze zaak betrof een overeenkomst waarbij een garagist ten aanzien van een petroleummaatschappij de verbintenis aangaat gedurende twintig jaar 17.000 liter benzine per maand aan te kopen en bij een lagere afname een vergoeding van 0,25 fr. per liter te betalen. Als tegenprestatie stelt de maatschappij de pompen ter beschikking en wordt een korting toegekend van 0,16 fr. per liter. Uit de beduidend lagere afnames in de periode waarin de overeenkomst werd uitgevoerd (zes jaar) leidt de rechtbank af dat de overeenkomst lichtzinnig werd afgesloten. De rechtbank besluit ook tot een wanverhouding tussen de wederkerige prestaties. Daarbij wordt niet enkel rekening gehouden met de verplichting bepaalde hoeveelheden brandstof af te nemen, maar met alle door de afnemer aangegane verbintenissen, o.m. de lange duur van de overeenkomst, de overeenkomst doen overnemen door een eventuele opvolger en de te betalen vergoeding in geval van wanprestatie. De tegenprestatie van de petroleummaatschappij bestaat daarentegen enkel in het ter beschikking stellen van drie pompen en de toekenning van een korting op de prijzen die de maatschappij dan nog zelf heeft vastgelegd. De rechtbank overweegt dat “*bezwaarlijk dient vermeld dat om tot dit resultaat te komen door eiseres, bij de ondertekening van de overeenkomst, misbruik gemaakt werd van de lichtzinnigheid, de onoplettendheid en zwakheid van verweerder*”. Na een verwijzing naar artikel 6 en 1131 B.W. wordt de overeenkomst vreemd genoeg ontbonden. Op te merken valt dat de rechtbank bij de beoordeling van de benadeling ook rekening houdt met de bijkomende verbintenissen die de garagist op zich neemt, en niet enkel met de hoofdverbintenis.

356. *Vred. Antwerpen 5 november 1986*¹⁰⁷⁵ – Tussen partijen wordt een contract van huwelijksbemiddeling gesloten, waarbij eiseres 25.000 fr. betaalt aan verweester die op haar beurt

¹⁰⁷² Voor een ander vonnis waar de rechtbank een partiële nietigheid uitspraak bij toepassing van gekwalificeerde benadeling, zie *Kh. Brussel 24 juli 1975*, *BRH* 1976, 220.

¹⁰⁷³ *Kh. Brussel 20 februari 1970*, *RCJB* 1977, 6, noot A. DE BERSAQUES. Zie ook R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1080) Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 567; P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1968 à 1973) Les obligations”, *RCJB* 1975, (423) 452-453.

¹⁰⁷⁴ *Kh. Brussel 16 april 1974*, *BRH* 1974, 229. Zie ook R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1080) Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 567.

¹⁰⁷⁵ *Vred. Antwerpen 5 november 1986*, *RW* 1987-88, 1446. Zie ook E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219.

binnen twee jaar een geschikte huwelijkspartner zal zoeken voor eiseres. Eiseres, die op het ogenblik van de contractsluiting zwanger is en slechts enkele dagen eerder door haar echtgenoot verlaten was, betaalt bij de contractsluiting contant een voorschot van 1.000 fr. en accepteert en tekent zes wissels elk ten bedrage van 4.000 fr. De overeenkomst blijkt echter uiterst vaag en onduidelijk over de aard en de omvang van de verbintenissen van verweerster, zodat besloten kan worden dat zij vrijwel geen verbintenissen op zich neemt. De rechtbank neemt aan dat er sprake is van gekwalificeerde benadeling. Eiseres bevond zich op het ogenblik van de contractsluiting immers in een uiterst labiele emotionele toestand. Het kan slechts vanuit die benarde toestand en de daaruit voortvloeiende zwakte zijn dat eiseres ertoe kwam het benadelende contract te ondertekenen. De overeenkomst wordt strijdig geacht met de goede zeden. Het vonnis zelf blijft zeer vaag over het eventuele misbruik van de inferieure toestand van eiseres door de huwelijksbemiddelaar.¹⁰⁷⁶

357. *Arbrb. Brussel 5 september 1988*¹⁰⁷⁷ – Eiser was reeds twee jaar in dienst als *key account manager* bij verweerster, wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd met een opzeggingstermijn van acht maanden. Tijdens de opzeggingstermijn zou tussen partijen een dadingsovereenkomst gesloten zijn met het oog op een vrijstelling van prestaties en een beperking van de opzeggingstermijn tot op de datum waarop eiser definitief in dienst treedt van een nieuwe werkgever. Eiser betwist in ondergeschikte orde de geldigheid van deze overeenkomst wegens gekwalificeerde benadeling. De rechtbank situeert kort de gekwalificeerde benadeling en overweegt dat de meer recente rechtspraak deze rechtsfiguur als een toepassing van de *culpa in contrahendo* beschouwt. Verder verwerpt de rechtbank de argumentatie inzake de gekwalificeerde benadeling op uiterst summiere wijze. Geoordeeld wordt dat eiser een kaderlid is, en dat derhalve in zijn hoofde geen gewag kan worden gemaakt van onwetendheid, onervarenheid of zwakte.

358. *Arbrb. Brussel 26 september 1988*¹⁰⁷⁸ – De rechtbank dient zich uit te spreken over een overeenkomst tussen een werkgever en een werknemer, wiens arbeidsovereenkomst was opgezegd. De werkgever beweert dat partijen overeenkwamen dat de werknemer afstand zou doen van haar wettelijke recht op schorsing van de opzegging wegens jaarlijks genomen vakantie. De geldigheid van deze afspraak wordt onderzocht in het licht van de gekwalificeerde benadeling. De rechtbank oordeelt beknopt dat eiseres *in casu* zonder meer afstand zou hebben gedaan van haar recht op dertien vakantiedagen en dat “eiseres ingevolge de door verweerster ingeroepen ‘overeenkomst’ een onterecht economisch verlies heeft geleden en dit zonder enige compensatie, zodat die ‘overeenkomst’, op voet van artikel 1382 B.W., wegens gekwalificeerde benadeling dient nietig te worden verklaard”. De rechtbank omschrijft wel *in abstracto* het misbruikvereiste, met name als het bewust misbruik maken van de inferioriteit, waarvan de bevoordeelde partij daadwerkelijk kennis had en *a fortiori* wanneer een effectieve daad wordt gesteld met het opzet om de inferioriteit te benutten, maar past deze voorwaarde niet toe op de concrete zaak.¹⁰⁷⁹ Als grondslag van de gekwalificeerde benadeling wordt de *culpa in contrahendo* aangewezen. De overeenkomst wordt nietig verklaard.

¹⁰⁷⁶ Zie ook R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 397.

¹⁰⁷⁷ *Arbrb. Brussel 5 november 1988*, *JTT* 1988, 445. Zie ook S. STIJNS, P. WÉRY en D. VAN GERVEN, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 713.

¹⁰⁷⁸ *Arbrb. Brussel 26 september 1988*, *RW* 1988-1989, 994.

¹⁰⁷⁹ In dezelfde zin, R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 398.

359. *Rb. Bergen 21 november 1990*¹⁰⁸⁰ – Er wordt een aannemingscontract gesloten voor de levering en plaatsing van PVC-luiken tegen een prijs van 110.000 fr. Deze overeenkomst werd in eerste aanleg vernietigd wegens gekwalificeerde benadeling.¹⁰⁸¹ De rechtbank bevestigt deze uitspraak. De benadeling wordt vastgesteld door een vergelijking van de overeengekomen prijs met deze van zeven andere aannemers voor dezelfde prestatie. De prijs van de aannemer in kwestie blijkt bijna drie keer zo hoog te liggen als bij de andere aannemers. De rechtbank stelt ook vast dat de opdrachtgever mecanicien is en onbekwaam was om op het ogenblik van de contractsluiting de werkelijke waarde van de levering en de werken in te schatten. De rechtbank besluit “*qu’il est évident que ce n’est qu’en abusant de l’inexpérience et de l’ignorance de l’intimé que le contrat litigieux a pu être conclu*”. De overeenkomst wordt vernietigd. Opmerkelijk is dat de rechtbank *in casu* snel tot een inferieure positie in hoofde van de opdrachtgever besluit, zonder na te gaan of hem geen fout (wegens lichtzinnig handelen) kan worden verweten. Ook wordt het misbruikvereiste afgeleid uit de andere toepassingsvoorwaarden. Verder spreekt de rechtbank zich niet uit over de grondslag van de gekwalificeerde benadeling.¹⁰⁸²

360. *Rb. Brussel 17 maart 1995*¹⁰⁸³ – Een advocaat laat in 1986 een telefoonsysteem leveren en installeren in zijn kantoor en woning tegen een kostprijs van 321.680 fr. Teneinde te beantwoorden aan de officiële goedkeuringsvoorwaarden van de RTT, die het onderhoud van de aansluiting op het telefoonnetwerk onderwerpt aan het voorhanden zijn van een onderhoudscontract met de installateur, is de advocaat genoodzaakt dergelijk onderhoudscontract af te sluiten bij zijn installateur. De algemene voorwaarden van het onderhoudscontract, vastgelegd door de RTT en de beroepsvereniging van installateurs van telefoonsystemen, voorzien o.m. in een trimesteriële vergoeding ten bedrage van 20.310 fr. Aangezien tussen 1986 en 1990 de installateur geen enkele significante herstelling heeft doorgevoerd en zijn controles, voorzien één keer per jaar, zeer onregelmatig en zeer snel werden uitgevoerd, meent de opdrachtgever dat er een aanzienlijk onevenwicht bestaat tussen de wederzijdse prestaties. De opdrachtgever vordert de matiging van de vergoeding voor het onderhoudscontract van bij de aanvang ervan op basis van de gekwalificeerde benadeling.

De rechtbank stelt vooreerst een manifest onevenwicht vast tussen de wederzijdse prestaties, gelet op de hoge onderhoudskosten en de vage verbintenissen en geringe geleverde prestaties in hoofde van de installateur. Vervolgens overweegt de rechtbank dat de opdrachtgever als advocaat niet onwetend is over het juridische luik, noch onervaren is in het sluiten van contracten. Nochtans bevond hij zich wel duidelijk in een inferieure positie ten aanzien van de installateur, aangezien de RTT een aansluiting op het telefoonnetwerk onderwerpt aan het afsluiten van een onderhoudscontract. Tot slot zou het contract niet onder dezelfde voorwaarden gesloten zijn zonder het misbruik. De opdrachtgever zou immers de gehanteerde prijzen niet aanvaard hebben, indien hij correct geïnformeerd was over de prestaties inzake het onderhoud van de installatie. De rechtbank neemt dan ook aan dat er sprake is van gekwalificeerde benadeling, en beveelt het herstel *in natura* van de geleden schade door de opdrachtgever op basis van artikel 1382 B.W., wat *in casu* neerkomt op de teruggave van de helft van de gestorte bedragen en de matiging tot de helft van de overeengekomen sommen voor de toekomst.

¹⁰⁸⁰ *Rb. Bergen 21 november 1990*, *T. Vred.* 1991, 45. Zie ook E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219.

¹⁰⁸¹ *Vred. Zinnik 17 mei 1989*, *T. Vred.* 1991, 42.

¹⁰⁸² De nietigheidssanctie die wordt uitgesproken, kan in dat verband geen uitsluitel geven, aangezien de rechter op basis van art. 1382 B.W. ook de nietigheid zou kunnen uitspreken als meest gepaste vorm van herstel *in natura* van de schade (E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 154).

¹⁰⁸³ *Rb. Brussel 17 maart 1995*, *TBBR* 1995, 507.

361. *Rb. Antwerpen 29 mei 2000*¹⁰⁸⁴ – Appellante is eigenaar van een appartementsgebouw in een regio waar geïntimeerde de elektriciteitsvoorziening verzorgt. Op grond van de algemene voorwaarden van distributie en tarificatie eist geïntimeerde in gebouwen waar een bepaald vooropgesteld vermogen overschreden wordt, de gratis terbeschikkingstelling van een lokaal om de distributie van elektriciteit te kunnen blijven verzekeren. Beide partijen onderschrijven in dat verband een akkoordverklaring, waarover betwisting ontstaat. Appellant werpt op dat deze overeenkomst door een wilsgebrek is aangetast, minstens dat er sprake is van gekwalificeerde benadeling. De rechtbank oordeelt dat “*niet het gebruik maar het misbruik van de in een monopolie gelegen machtspositie het gedrag van de monopoliehouder onrechtmatig doet zijn. Dat een dergelijk misbruik maar bestaat indien voorbijgegaan wordt aan de belangen van alle betrokken partijen, wat te dezen niet het geval is. (...) Door zo te handelen er geen sprake kan zijn van gekwalificeerde benadeling. (...) Appellante als projectontwikkelaar en blijkbaar beheerder van de verscheidene appartementsgebouwen wist of kon weten dat in de bouwplannen de noodzaak van een cabine voor hoogspanning diende voorzien te worden. Zodoende zijn de gemaakte extrakosten enkel het gevolg van de halsstarrige houding van appellante zelf, zonder dat er een benadeling of nadeel bezwezen is.*”

362. *Vred. Brugge 15 december 2005*¹⁰⁸⁵ – Het voorwerp van het geschil betreft een overeenkomst tot echtscheiding bij onderlinge toestemming, waarin bedongen werd dat eiseres een onderhoudsgeld van 175 euro per maand zou betalen voor elk van haar twee minderjarige kinderen, vermeerderd met de helft van de kosten voor het hoger onderwijs en de helft van de buitengewone medische kosten. Eiseres vordert de herziening van deze overeenkomst. De rechter buigt zich over de rechtsgeldigheid van het beding in het licht van de gekwalificeerde benadeling. Het staat vast dat de overeenkomst getekend werd op de dag dat eiseres ontslagen werd na een psychiatrische behandeling van zes maanden in een psychiatrisch ziekenhuis en verzorgingscentrum. Dat impliceert volgens de rechter dat de voorafgaandelijke besprekingen gebeurden op het ogenblik dat eiseres met zekerheid in een inferioriteitspositie verkeerde die misbruik mogelijk maakte. Dat van die inferieure positie ook misbruik werd gemaakt, leidt de rechter af uit volgende elementen: (i) eiseres droeg haar handelszaak over aan verweerder, (ii) ze droeg ook haar aandeel in de beide gemeenschappelijke schuldenvrije onroerende goederen over, en dit zonder vergoeding, (iii) er werd bovendien een onredelijk hoge bijdrage van haar afgedwongen, gelet op het feit dat ze net haar bron van inkomsten verloren was, (iv) er werd haar geen tegenprestatie geleverd bij de verdeling van de roerende goederen. Uit dit alles leidt de rechter de nietigheid af van het beding. De vordering van eiseres tot herleiding van het bedrag van 175 euro per maand naar 75 per maand wordt wel toegekend, wat neerkomt op een conversie van het nietige beding.

§3. Voorlopig besluit

363. *Globale beschouwingen* – In de eerste helft van de 20^e eeuw werd de gekwalificeerde benadeling voornamelijk ingeroepen bij leningsovereenkomsten op interest, terwijl op deze rechtsfiguur nadien een beroep werd gedaan ter aanvechting van verscheidene, uiteenlopende overeenkomsten. Uit de schaars gepubliceerde rechtspraak moet worden afgeleid dat de gekwalificeerde benadeling door partijen niet vaak wordt ingeroepen, of slechts in (meest of uiterst) ondergeschikte orde, waardoor de rechter er vaak niet toe komt zich over de toepassing ervan te buigen. Uit onze kroniek blijkt ook dat de toepassingsvoorwaarden eerder streng zijn en dat de rechters deze veelal strikt toepassen, waardoor de vordering op basis van gekwalificeerde benadeling

¹⁰⁸⁴ Rb. Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 792.

¹⁰⁸⁵ Vred. Brugge 15 december 2005, *TGR* 2007, 249, noot.

vaak wordt afgewezen.¹⁰⁸⁶ Een blik op de Belgische rechtspraak inzake de gekwalificeerde benadeling doet ons dan ook besluiten dat deze rechtsfiguur in ons recht niet de grote toekomst heeft gekregen, die aanvankelijk voorspeld werd.¹⁰⁸⁷

364. *Toepassingsvoorwaarden* – De toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling worden vaak geacht niet vervuld te zijn. In tegenstelling tot wat men op basis van de besproken geschiedenis van de benadeling zou verwachten, blijkt niet zozeer het benadelingsvereiste, maar wel het misbruikvereiste problematisch te zijn. *Sommige rechters* oordelen (terecht) dat het misbruik bewezen moet worden. Aangezien in de rechtspraak en de doctrine evenwel geen eensluidend criterium voor het misbruikvereiste werd ontwikkeld, slaagt de eisende partij er niet vaak in om het misbruik als zelfstandige toepassingsvoorwaarde te bewijzen. *Andere rechters* menen daarentegen dat het misbruik afgeleid kan worden uit de andere voorwaarden, met name uit de benadeling en/of uit de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit. Via deze weg werd het misbruikvereiste alsnog in verschillende uitspraken bewezen geacht.

Opvallend is ook dat de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit die door de benadeelde partij worden ingeroepen, heel vaak *persoonlijke* omstandigheden van inferioriteit zijn, zoals ziekte, een hoge leeftijd of een persoonlijke onervarenheid in het zakendoen. In de rechtspraak zijn veel minder uitspraken terug te vinden waar de ingeroepen omstandigheden van inferioriteit of superioriteit *functioneel* zijn, d.i. voortvloeiend uit de contractuele verhouding tussen de partijen.

Aangaande het benadelingsvereiste moet tot slot worden opgemerkt dat rechters streng de hand lijken te houden aan het vereiste van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. In sommige rechterlijke uitspraken wordt bij de beoordeling van het benadelingsvereiste evenwel ook rekening gehouden met bepaalde bijkomende verbintenissen in hoofde van de contractpartijen.

365. *Grondslag en sanctionering* – Inzake de grondslag is een duidelijke evolutie waarneembaar. Daar waar de eerste arresten en vonnissen de grondslag stevast in de theorie van de ongeoorloofde oorzaak (art. 1131 B.W.) leggen, wordt vanaf de jaren '70-'80 steeds vaker de leer inzake de *culpa in contrahendo* (art. 1382 B.W.) als grondslag aangewezen. Vreemd genoeg wordt vaak ook geen specifieke grondslag aangewezen, ook al wordt de gekwalificeerde benadeling wel aanwezig geacht.

De bovenstaande rechtspraak toont ook aan dat als sanctie van de gekwalificeerde benadeling heel vaak de nietigheid wordt uitgesproken, niet enkel wanneer de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag wordt aangewezen, maar ook wanneer de grondslag in de *culpa in contrahendo* wordt gelegd. Ook de matiging en de partiële nietigheid worden als sanctie uitgesproken.

¹⁰⁸⁶ In dezelfde zin, N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, 2009, 360.

¹⁰⁸⁷ In dezelfde zin: VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 35 (met voetnoot 21): “Hoe levendig het contractenrecht ook moge zijn, het is niet steeds bij machte geweest om, via de eigen instrumenten, de zwakkere contractpartijen te beschermen – ook wanneer dit zou hebben gekund. (Bv. door middel van de theorie van de gekwalificeerde benadeling, of via een leer van het contractueel evenwicht of sociale rechtvaardigheid)”; P. VAN OMMEFLAGHE, “Les grandes tendances de l’évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années”, *TPR* 2001, 365; P. WERY, “Les pouvoirs du juge en matière de contentieux contractuel dans les principes du droit européen du contrat”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, 2004, (717) 727.

AFDELING II. STAND VAN ZAKEN NAAR BELGISCH RECHT EN NAAR VREEMD RECHT

§1. Stand van zaken naar Belgisch recht

A. Begripsomschrijving

366. *Actuele begripsomschrijving* – De gekwalificeerde benadeling werd door de Belgische rechtspraak en rechtsleer ontwikkeld. Op vandaag wordt de gekwalificeerde benadeling eensgezind omschreven als een rechtsfiguur die een rechterlijke correctie van de overeenkomst toelaat, wanneer op het ogenblik van de contractsluiting een aanzienlijk onevenwicht bestaat tussen de wederzijds bedongen hoofdprestaties ten gevolge van het misbruik door de bevoordeelde contractpartij van omstandigheden van inferioriteit die bestaan in hoofde van de medecontractant.¹⁰⁸⁸

367. *Terminologische opmerking* – Aanvankelijk verwees KLUYSKENS naar deze rechtsfiguur met de benaming *theorie van de uitbuiting*.¹⁰⁸⁹ Vrij snel werd echter eensgezind het begrip *gekwalificeerde benadeling* gehanteerd. Dat begrip geeft ook onmiddellijk de sporen weer van de ontstaansgeschiedenis van de rechtsfiguur. Het geeft aan dat de gekwalificeerde benadeling een uitloper vormt van de (gewone) benadeling. Ter afbakening van de (gewone) benadeling werd het bijvoeglijk naamwoord *gekwalificeerd* toegevoegd, aangezien naast de benadeling ook het misbruik in hoofde van de bevoordeelde contractpartij moet worden aangetoond. Net omwille van deze bijkomende voorwaarde kon het toepassingsgebied van de gekwalificeerde benadeling uitgebreid worden ten aanzien van de fragmentarische toepassingen van de (gewone) benadeling.¹⁰⁹⁰

368. *Misbruik van omstandigheden: andere klemtoon* – In het Nederlandse recht is een gelijkaardige rechtsfiguur terug te vinden, met name de figuur van het misbruik van omstandigheden. De verschillende terminologie toont onmiddellijk ook de andere klemtoon aan. Het Nederlandse misbruik van omstandigheden is niet zozeer gegroeid vanuit de figuur van de benadeling, maar draait veeleer om het misbruik van bepaalde omstandigheden. De benadeling is bij deze rechtsfiguur zelfs geen toepassingsvoorwaarde.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁸ Zie o.m. Antwerpen 27 april 1998, *IRDI* 1998, 240; Rb. Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 792; Arbrb. Brussel 26 september 1988, *RW* 1988-89, 994; Arbrb. Brussel 5 september 1988, *JIT* 1988, 445, noot; C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 192; D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de improvisieel”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1494; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 255-256; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 394; K. KRUIHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2748; R. KRUIHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980) Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 566-567; C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 87; N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1512; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 545; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 269. Zie ook voordien reeds bij A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 12.

¹⁰⁸⁹ KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 51.

¹⁰⁹⁰ *Supra*, nrs. 298-299.

¹⁰⁹¹ *Infra*, nrs. 461-464.

B. Situering in het verbintenissenrecht

1. Algemeen kader

369. *Verzoening van de wilsautonomie en het contractuele evenwicht* – De gekwalificeerde benadeling bevindt zich middenin het spanningsveld tussen de wilsautonomie en het contractuele evenwicht. Vanuit het oogpunt van het contractuele evenwicht wordt de contractinhoud, en in het bijzonder het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, voorop gesteld. De rechtszekerheid verzet zich evenwel tegen dergelijke verregaande aantasting van de wilsautonomie. De gekwalificeerde benadeling verzoent als het ware beide uitgangspunten met elkaar.¹⁰⁹² Deze rechtsfiguur sanctioneert de (al te) sterke doorwerking van feitelijke ongelijkheden in de contractuele verhoudingen. Een sterke contractpartij kan in die zin zijn machtspositie niet misbruiken, indien dit zou leiden tot een grove benadeling van zijn zwakke medecontractant.¹⁰⁹³ De gekwalificeerde benadeling wordt verzoenbaar geacht met de wilsautonomie (en de rechtszekerheid), aangezien de benadeling gesanctioneerd wordt wegens de eraan ten grondslag liggende fout in hoofde van de bevoordeelde medecontractant.¹⁰⁹⁴

370. *Gekwalificeerde benadeling als algemeen rechtsbeginsel* – Tot de jaren '70 beschouwde de doctrine de gekwalificeerde benadeling veelal als een algemeen rechtsbeginsel, dat zijn neerslag vond in diverse wettelijke bepalingen. De verschillende dwingende wetbepalingen ter bescherming van de economisch zwakke contractpartij (bv. de werknemer, de huurder) werden beschouwd als toepassingen van het beginsel dat het misbruik van de zwakte van de medecontractant strijdig is met de goede zeden. Uit deze verscheidene dwingende wetbepalingen leidt DE BERSAQUES dan ook het algemeen rechtsbeginsel af “*que nul dans un contrat ne peut exploiter l'infériorité de son partenaire pour en obtenir des engagements hors de toute proportion avec les siens propres*”.¹⁰⁹⁵

Overeenkomstig deze (ruime) zienswijze lag een wettelijk toepassingsgeval van de gekwalificeerde benadeling voor, van zodra de wetgever optreedt om de zwakke contractpartij te beschermen tegen misbruik door diens medecontractant van zijn benarde toestand.¹⁰⁹⁶ Het bewijs door de benadeelde contractpartij van het misbruik dat werd gemaakt van zijn ondergeschikte toestand door de medecontractant, werd niet noodzakelijk geacht om de betrokken bepaling als een toepassingsgeval van het algemeen rechtsbeginsel van de gekwalificeerde benadeling te beschouwen.

371. *Illustratie van de gekwalificeerde benadeling als algemeen rechtsbeginsel aan de hand van Belgische doctrine*¹⁰⁹⁷ – DEKKERS beschouwt de benadeling als een wanverhouding die in het contract zelf vervat ligt, met name de schade die voor een partij voortvloeit uit de wanverhouding tussen hetgeen

¹⁰⁹² ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 335.

¹⁰⁹³ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1154.

¹⁰⁹⁴ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 85.

¹⁰⁹⁵ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 18; A. DE BERSAQUES, “L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 492-493. Zie tevens overzicht bij C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 195; C. GOUX, “L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 11.

¹⁰⁹⁶ Meteen wordt duidelijk waarom verschillende auteurs de wettelijke bepalingen ter bescherming van de zwakke contractpartij tegen misbruik als toepassingen van de gekwalificeerde benadeling bestempelden. *Supra*, nrs. 249 en 326.

¹⁰⁹⁷ Ook in de Nederlandse doctrine kan tot de jaren '80 een tendens worden waargenomen waarbij alle wettelijke bepalingen die ingegeven zijn ter bescherming van de zwakke contractpartij, ook beschouwd worden als wettelijke toepassingen van de rechtsfiguur misbruik van omstandigheden, ook al dienen de toepassingsvoorwaarden van deze rechtsfiguur niet bewezen te worden. Zie bv. LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 5 e.v.; STEIN, *Misbruik van omstandigheden*, 1957, 140 e.v.; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 14 e.v.

ze bedingt en hetgeen ze belooft. Bij een grote omvang van winst of verlies, vermoedt de wetgever evenwel dat één van de partijen misbruik heeft gemaakt van de benarde toestand, de zwakte of de lichtzinnigheid van de medecontractant. DEKKERS refereert voor deze tussenkomsten van de wetgever niet naar de benadeling, maar naar de gekwalificeerde benadeling.¹⁰⁹⁸ Diezelfde idee komt naar voor in onderstaand tekstfragment van KLUYSKENS: “*Maintenir le profit dans les contrats, mais proscrire tout profit exagéré, tout profit qui serait inique et dont l’attribution heurterait la morale sociale, parce qu’elle consisterait une exploitation du prochain et un enrichissement qui ne peut se justifier aux yeux de ceux qui en sont les témoins. C’est en réalité dans cette voie que consciemment ou inconsciemment se sont engagés la jurisprudence et le législateur. (...) Le législateur lorsqu’il a introduit les mesures protégeant les agriculteurs contre l’exagération des prix en matière d’achat de semences et d’engrais; lorsqu’il a permis de réduire la somme stipulée en cas d’assistance maritime et lorsqu’il a protégé l’emprunteur dans les cas où le prêteur a abusé de sa faiblesse, de ses passions ou de ses besoins. La théorie de la lésion fait ainsi de plus en plus place à la théorie de l’exploitation.*”¹⁰⁹⁹ Ook DE PAGE lijkt sommige wettelijke bepalingen als een toepassingsgeval van de gekwalificeerde benadeling te beschouwen, ook al vereist de wetgever niet het bewijs van misbruik van de ondergeschikte positie.¹¹⁰⁰

372. *Evolutie naar een zelfstandige rechtsfiguur* – Naderhand is de gekwalificeerde benadeling geëvolueerd van een algemeen rechtsbeginsel naar een zelfstandige rechtsfiguur met een eigen, doch weliswaar geen eenduidige grondslag.¹¹⁰¹ Zelfs al beschouwt één auteur de gekwalificeerde benadeling alsnog als een algemeen rechtsbeginsel¹¹⁰², deze auteur benadrukt voortaan (in tegenstelling tot de bovenvermelde doctrine) wel de toepassingsvoorwaarden die constitutief zijn voor de gekwalificeerde benadeling: “*la lésion qualifiée, principe général de droit régi sur la base des conditions qui lui sont propres, ...*”.¹¹⁰³ O.i. moet het onderscheid tussen, enerzijds, de beweegreden van de wetgever tot invoering van een wettelijke bepaling, met name de bescherming van de zwakke contractpartij en, anderzijds, de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling zelf benadrukt worden. Een wettelijke bepaling kan weliswaar ingegeven zijn vanuit de idee van bescherming van de zwakke contractpartij¹¹⁰⁴, zonder evenwel een toepassing te zijn van de gekwalificeerde benadeling.

373. *Wettelijke toepassing(en)* – Als rechtsfiguur ontwikkeld door rechtspraak en rechtsleer vindt de gekwalificeerde benadeling geen algemene neerslag in het Burgerlijk Wetboek. Een wettelijk toepassingsgeval van de gekwalificeerde benadeling is wel neergelegd in artikel 1907ter B.W. inzake de lening op interest.¹¹⁰⁵

¹⁰⁹⁸ DEKKERS, *Handboek*, II, 1971, 36-37.

¹⁰⁹⁹ M. KLUYSKENS, “Rapport sur la lésion dans les contrats. Sur l’état de la question en Belgique”, in X. (ed.), *Travaux de l’association H. Capitant*, 1946, (199) 203. Zie ook *supra*, 299.

¹¹⁰⁰ DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 170. Zie tevens *supra*, nrs. 249 en 326.

¹¹⁰¹ R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 394; K. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2748; C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 87; N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1512; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91.

¹¹⁰² ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 334; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 756.

¹¹⁰³ J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 756. Vergelijk met A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 492-493.

¹¹⁰⁴ KLUYSKENS: “*De geschiedenis van het recht leert ons dat het wel deze ethisch-sociale beschouwingen zijn die aan den oorsprong liggen van de actie tot rescissie.*” (KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 756).

¹¹⁰⁵ *Supra*, nr. 257.

374. *Rechtspraak van het Hof van Cassatie* – Het Hof van Cassatie heeft zich steeds terughoudend opgesteld ten aanzien van de door de rechtsleer en de (lagere) rechtspraak ontwikkelde figuur van de gekwalificeerde benadeling.¹¹⁰⁶ De weinige rechtspraak van het Hof van Cassatie die in verband kan worden gebracht met deze rechtsfiguur, is daarenboven moeilijk te interpreteren.¹¹⁰⁷ Een vijftal arresten van het Hof van Cassatie worden – al dan niet terecht – in verband gebracht met de gekwalificeerde benadeling.¹¹⁰⁸ Pas met het recente arrest van 29 april 1993 lijkt het Hof deze rechtsfiguur nu ook – zij het op voorzichtige wijze – te erkennen.¹¹⁰⁹ Door de karige en voorzichtige bewoordingen van het Hof, dat bovendien het middel verwerpt wegens een gebrek aan belang, kan echter geenszins van een principearrest worden gesproken.¹¹¹⁰ Drie arresten kwamen hierboven reeds aan bod¹¹¹¹; de overige twee arresten worden hierna besproken.

375. *Cass. 25 november 1977*¹¹¹² – In één van de motieven van dit arrest formuleert het Hof van Cassatie de regel dat “*het louter bestaan van een wanverhouding tussen de prestaties van de in een overeenkomst betrokken partijen in se niet impliceert dat de oorzaak van die overeenkomst bij één of beide partijen ongeoorloofd is*”. VAN OEVELEN benadrukt dat het Hof van Cassatie door deze zorgvuldig gekozen bewoordingen de mogelijkheid heeft willen openlaten voor een sanctionering van de theorie van de gekwalificeerde benadeling op grond van de artikelen 1131 en 1133 B.W., indien de aanzienlijke wanverhouding tussen de wederzijds bedongen prestaties haar oorsprong vindt in het misbruik dat één van de contractpartijen maakte van de inferieure positie van de medecontractant.¹¹¹³ DIRIX benadrukt dat deze impliciete goedkeuring van het Hof van Cassatie enkel betrekking kan hebben op de gekwalificeerde benadeling gegrondvest op de ongeoorloofde oorzaak. Wat betreft de gekwalificeerde benadeling beschouwd als een precontractuele fout, blijft de kwestie volgens deze auteur onbeantwoord door het Hof.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁶ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 193.

¹¹⁰⁷ Zie ook J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 750.

¹¹⁰⁸ In een arrest van 21 februari 1991 gaat het Hof van Cassatie niet in op de argumentatie van de bestreden beslissing inzake de (gekwaliificeerde) benadeling. In de bestreden beslissing werd de wederverhursingsvergoeding die contractueel vastgelegd was op 6 maanden, verminderd tot 3 maanden: “*que, toutefois, par analogie avec la jurisprudence relative aux clauses d’indemnité contractuelle, de telles clauses ne peuvent avoir pour effet que le stipulant acquiert un avantage plus important qu’en cas d’exécution normale; qu’une telle clause idemnitare excessive viole l’obligation d’exécuter la convention de bonne foi; que le juge doit détenir un certain pouvoir de modération fondé sur la théorie de la lésion qualifiée*.” (eigen onderlijning) Eiser in cassatie werpt o.m. op dat de benadeling enkel aanleiding geeft tot vernietiging op basis van art. 1118 en 1313 B.W. in de gevallen die bij wet worden bepaald. Het Hof oordeelt dat de bestreden beslissing de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst niet toetst aan concrete feiten. De contractpartijen kunnen een forfaitaire wederverhursingsvergoeding overeenkomen en overeenkomstig art. 1134 B.W. zijn geldig tot stand gekomen overeenkomsten bindend voor de partijen. Wanneer derhalve contractueel afgesproken werd dat de nalatige contractpartij als schadevergoeding een bepaalde som moet betalen, bij toepassing van art. 1152 B.W., dan kan aan de medecontractant geen grotere of kleinere som worden toegekend. De bestreden beslissing werd door het Hof verbroken wegens een schending van art. 1134 en 1152 B.W. Op de benadeling of gekwalificeerde benadeling wordt door het Hof niet nader ingegaan. Zie Cass. 21 februari 1991, *JLMB* 1992, 1458, noot M.E. STORME.

¹¹⁰⁹ Y. HANNEQUART, “Le principe de proportionnalité en droit privé belge”, in X. (ed.), *Le principe de proportionnalité en droit belge et droit français*, 1995, (125) 135.

¹¹¹⁰ In dezelfde zin, J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 749; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 273; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 240.

¹¹¹¹ *Supra*, nr. 297 en 319-321.

¹¹¹² Cass. 25 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 343; *Pas.* 1978, I, 328.

¹¹¹³ A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1977-1978)”, *RW* 1979-1980, (153) 168. Deze zienswijze wordt bijgetreden door R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 567.

¹¹¹⁴ E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980)”, *RCJB* 1982, (522) 541. Vergelijk ook ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 344.

376. Cass. 29 april 1993¹¹¹⁵ – De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden weergegeven. Een onroerend goed wordt verkocht door particuliere verkopers aan een vennootschap gespecialiseerd in immobiliënzaken. De verkopers worden tevergeefs verschillende malen in gebreke gesteld om tot het verlijden van de authentieke akte over te gaan. De koper stelt uiteindelijk een vordering in tot gedwongen ondertekening van de akte. Subsidiar wordt de ontbinding van de overeenkomst gevorderd alsmede de veroordeling van de verkopers tot teruggave van het dubbel van het betaalde voorschot, overeenkomstig een contractuele clausule in die zin. De verkopers vorderen op hun beurt de vaststelling van de nietigheid van de verkoop omwille van een wilsgebrek.

De rechtbank van eerste aanleg verwerpt de hoofdvordering van de koper, maar kent de subsidiaire vordering van de koper gedeeltelijk toe, evenals de tegenvordering van de verkopers. Aangaande de wilsgebreken die de verkopers hebben opgeworpen, stelt de rechtbank een bedrieglijke gedraging vast in hoofde van de koper. Die gedraging heeft echter slechts een incidentele invloed op de contractuele vastlegging van het bedrag van de vergoeding in het uitdrukkelijk ontbindend beding, maar beïnvloedt de ontbinding zelf niet. De rechtbank spreekt dan ook de ontbinding uit ten laste van de verkopers, en veroordeelt hen tot terugbetaling van het voorschot, en vermindert het bedrag van de vergoeding tot 5% van de koopprijs.

In hoger beroep dient het hof zich *in concreto* te buigen over het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling. Hierbij overweegt het hof als volgt: “(...) *nonobstant les difficultés financières éprouvées par les intimés, il ne résulte cependant d’aucun élément du dossier que l’appelante aurait à un quelconque moment tenté d’abuser de la position de faiblesse économique des intimés; que l’on recherche en vain la trace d’une quelconque manoeuvre; que l’on ne peut déduire du seul fait qu’une opération est économiquement avantageuse pour une partie (l’appelante) que celle-ci aurait nécessairement abusé d’une position de force (...); que le fait en soi qu’un acompte de 500.000 F ait été versé de façon fragmentée – soit un acompte supérieur par rapport à celui qui est généralement consenti en matière de transaction immobilière (...) – n’est nullement significatif d’une quelconque manoeuvre destinée à emporter abusivement le consentement des intimés.*” (eigen onderlijning)¹¹¹⁶ Het hof van beroep besliste dat de gekwalificeerde benadeling *in casu* niet kon worden aangenomen.

Als cassatiemiddel werd aangevoerd dat het hof van beroep de toepassing van de gekwalificeerde benadeling ten onrechte onderworpen had aan het vereiste van een kunstgreep (manoeuvre).¹¹¹⁷ Het Hof van Cassatie heeft deze weg echter niet gevolgd. Het middel werd onontvankelijk verklaard omdat het een overbodige motivering bekritiseert en bijgevolg zonder belang was.¹¹¹⁸ ROMAIN benadrukt evenwel terecht dat het misbruikvereiste geenszins inhoudt dat een kunstgreep voorhanden moet zijn. Het Hof van Cassatie heeft er zich evenwel toe beperkt de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling (impliciet) te bevestigen, als volgt: “*Attendu qu’aux yeux de la cour d’appel, la lésion qualifiée suppose: 1) l’existence d’un déséquilibre certain entre les prestations réciproques des parties; 2) que cette disproportion résulte de l’abus des*

¹¹¹⁵ Cass. 29 april 1993, *JT* 1994, 294. Zie Y. HANNEQUART, “Le principe de proportionnalité en droit privé belge”, in X. (ed.), *Le principe de proportionnalité en droit belge et droit français*, 1995, (125) 135

¹¹¹⁶ Brussel 12 juli 1991, *onuitgeg.*, aangehaald door J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 754.

¹¹¹⁷ Zie ook J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 754.

¹¹¹⁸ Het Hof van Cassatie oordeelde meer bepaald “*que c’est à titre surabondant, en réponse aux conclusions des demandeurs et à une considération du jugement dont appel, que l’arrêt rejette en outre l’hypothèse d’une manoeuvre de la défenderesse; Que le moyen, qui critique cette considération surabondante, est irrecevable à défaut d’intérêt*”. Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 193; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 755.

*passions, de la faiblesse, de l'inexpérience, de l'ignorance ou des besoins de la partie demandant la nullité de la convention; 3) que l'exploitation de cette infériorité ait eu un effet déterminant sur le consentement. (...) Attendu que la cour d'appel a ainsi constaté que les seules conditions qu'elle estimait nécessaires pour qu'il y ait lésion qualifiée n'étaient pas réalisées. (...)".*¹¹¹⁹

2. Situering ten aanzien van de leer van de wilsgebreken

a. Klassieke visie in Belgische rechtspraak en rechtsleer

377. *Gekwalificeerde benadeling: een (impliciet) wilsgebrek* – De hedendaagse doctrine kent aan de gekwalificeerde benadeling veelal een plaats toe bij de theorie van de wilsgebreken.¹¹²⁰ Vermoed wordt – zij het vaak op impliciete wijze – dat de wil van de benadeelde contractpartij in geval van gekwalificeerde benadeling gebrekkig is. Eén auteur stelt expliciet dat de sterke contractpartij de controle over de wilsuiting van de zwakke medecontractant heeft bekomen. De ondergeschikte toestand heeft de wilsuiting van de *verzwakte* contractpartij dermate aangetast dat de sterke medecontractant ermee kan omgaan en handelen alsof het om zijn eigen wilsvrijheid zou gaan.¹¹²¹ Met DE PAGE kan worden ingestemd, wanneer hij stelt dat de gekwalificeerde benadeling “*n'est pas le vice de consentement net, clair, certain; mais elle en approche, et c'est la raison pour laquelle la loi présume cette altération mineure du consentement (...)*.”¹¹²²

b. Verwerping van klassieke visie door DE BONDT

378. *Wilstheorie versus fouttheorie* – DE BONDT benadrukt sterk het onderscheid tussen de gekwalificeerde benadeling en de leer van de wilsgebreken. Daartoe hanteert hij het onderscheid tussen de wilstheorie en de fouttheorie. De leer van de wilsgebreken draait volgens deze auteur volop rond de wil van het slachtoffer van een wilsgebrek, en is derhalve een *wilstheorie*. De wil van de contractpartijen is de motor voor de contractuele gebondenheid. Blijkt de wil in hoofde van één van de contractpartijen gebrekkig te zijn, dan moet de contractuele gebondenheid in vraag worden gesteld.

Daartegenover plaatst deze auteur de leer van de gekwalificeerde benadeling, waarbij een fout in hoofde van de bevoordeelde partij wordt voorop gesteld. De contractuele gebondenheid wordt in vraag gesteld, niet zozeer omwille van de gebrekkige wil van het slachtoffer, maar wel omwille van een fout in hoofde van de bevoordeelde partij. De gekwalificeerde benadeling is derhalve veeleer een toepassing van de *fouttheorie*.¹¹²³

¹¹¹⁹ J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 749. In dezelfde zin S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 712.

¹¹²⁰ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 70; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1511; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 257.

¹¹²¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73.

¹¹²² DE PAGE, *Traité*, V, 1975, 170.

¹¹²³ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 252-253. DE BONDT stipt onmiddellijk aan dat het onderscheid tussen de wils- en de fouttheorie niet consequent kan worden doorgetrokken. Zo zijn de wilsgebreken bedrog en geweld ook toepassingsgevallen van de leer van de *culpa in contrahendo*, de fouttheorie bij uitstek. Deze vaststelling doet volgens deze auteur echter geen afbreuk aan het fundamentele onderscheid tussen beide theorieën. Bedrog en geweld behoren immers zowel tot de wils- als tot de fouttheorie. Beschouwt men bedrog en geweld als een *culpa in contrahendo*, dan wordt de nadruk gelegd op de oorzaak ervan; beschouwt men bedrog en geweld daarentegen als *wilsgebreken*, dan heeft men veeleer oog voor de gevolgen. Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 252-253.

c. Precontractuele fout: mogelijke oorzaak van een gebrekkige wil

379. *Responsabilisering bij de beoordeling van de wilsgebreken: vervaging van het onderscheid tussen de wils- en fouttheorie* – Een scheiding tussen de theorie van de wilsgebreken (als toepassing van de wilstheorie) en de gekwalificeerde benadeling (als toepassing van de fouttheorie) kan niet overtuigen. De wilsgebreken bedrog en geweld (uitgaand van een persoon, en niet van bepaalde omstandigheden) zijn immers ook toepassingen van de theorie inzake de *culpa in contrahendo*.¹¹²⁴ Een recente evolutie in rechtspraak en rechtsleer vervaagt het onderscheid tussen beide theorieën nog meer. De rechtspraak inzake de wilsgebreken dwaling en bedrog maakt duidelijk dat de aandacht verschoven is van het slachtoffer en diens gebrekkige wil, enerzijds, naar de mogelijke verwekker van het wilsgebrek en diens eventuele precontractuele fout (vaak een schending van een precontractuele informatieplicht), anderzijds.¹¹²⁵ Er heeft zich een *responsabilisering* doorgezet in de rechtspraak en de doctrine inzake de wilsgebreken, waarbij de aandacht verlegd wordt naar de oorzaak of de veroorzaker van het wilsgebrek.¹¹²⁶ Deze evolutie speelt zich trouwens niet enkel af bij het wilsgebrek bedrog, maar ook bij het wilsgebrek dwaling, waar de oorzaak van de dwaling kan liggen in een fout van de tegenpartij.¹¹²⁷

380. *Gekwalificeerde benadeling als vierde wilsgebrek* – Om vrij te zijn van een wilsgebrek, dient de toestemming vrij te zijn en gegeven te worden met kennis van zaken.¹¹²⁸ De vraag die bijgevolg rijst, is te weten of het slachtoffer van een gekwalificeerde benadeling met het contract heeft ingestemd op een vrije wijze en met kennis van zaken. Op overtuigende wijze beantwoordt GOUX deze vraag via de opsplitsing in twee hypothesen: “*Soit la victime d’une lésion qualifiée a accepté la situation sans en être consciente: dans ce cas, son consentement n’a pas été donné en connaissance de cause, il y a dans son esprit une représentation fausse de la réalité, une erreur. Soit la victime est consciente de sa situation d’infériorité et de l’abus qui en est fait par son cocontractant, mais elle n’a pas les moyens de s’y opposer: son consentement n’a pas été donné librement mais de manière forcée, il est donc atteint d’un vice. La personne qui subit une lésion qualifiée est ainsi victime d’un vice de consentement.*”¹¹²⁹ (eigen onderlijning)

381. *Zoektocht naar een grondslag* – De gekwalificeerde benadeling vindt derhalve wel degelijk aansluiting bij de theorie van de wilsgebreken. Daarmee werd evenwel de grondslag van de gekwalificeerde benadeling nog niet aangewezen. De vaststelling dat de gekwalificeerde benadeling nauw aansluit bij de leer van de wilsgebreken, beantwoordt o.i. immers nog niet de vraag *waarom* rechtspraak en rechtsleer van oordeel zijn dat de gekwalificeerde benadeling gesanctioneerd moet worden. De gekwalificeerde benadeling wordt in het Burgerlijk Wetboek immers niet als wilsgebrek erkend.

¹¹²⁴ Zie ook WERY, *Droit des obligations*, 2010, 213.

¹¹²⁵ Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 82 en 84-85.

¹¹²⁶ Zie in dit verband meer uitgebreid: A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeussen*, 2006, 37-100; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 234 e.v. en 280 e.v.

¹¹²⁷ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 246-247. Zie ook E. SWAENEPOL, “Recente ontwikkelingen van de leer der wilsgebreken, met aandacht voor toepassingen in koopcontracten”, in X., *Recht in beweging*, 2006, (331) 340-342.

¹¹²⁸ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 46. Zie tevens C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 12. Voor *Frankrijk*: GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 447.

¹¹²⁹ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 12. Vergelijk met ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 366-367.

De aanwezigheid van een gebrekkige wil in hoofde van de benadeelde contractpartij is als antwoord ontoereikend. Een gebrekkige wil geeft immers niet steeds aanleiding tot een rechterlijke tussenkomst. Een dwaling omtrent een niet-substantieel element, zonder dat deze dwaling veroorzaakt werd door een fout in hoofde van de medecontractant, illustreert dat. De rechter komt daarentegen wel tussen bij een gebrekkige wil zonder dat er sprake is van een echt wilsgebrek in de zin van het Burgerlijk Wetboek, wanneer de gebrekkige wil veroorzaakt werd door een fout in hoofde van de medecontractant. Ter illustratie kan verwezen worden naar het incidenteel bedrog of het incidenteel geweld, waar de rechter op basis van de *culpa in contrahendo* een schadevergoeding kan toekennen aan het slachtoffer. Hierna zal worden aangetoond dat ook de grondslag van de gekwalificeerde benadeling in de theorie van de *culpa in contrahendo* ligt.¹¹³⁰

3. Afbakening van andere rechtsfiguren

a. Afbakening van de wilsgebreken bedrog en geweld

382. *Algemeen* – De vaststelling dat de gekwalificeerde benadeling aansluit bij de theorie van de wilsgebreken, impliceert tevens dat deze rechtsfiguur afgebakend kan – en moet – worden van de andere wilsgebreken. Het onderscheid blijkt in het bijzonder ten aanzien van de wilsgebreken bedrog en geweld niet altijd duidelijk te zijn.¹¹³¹ Toch blijkt hierna dat de gekwalificeerde benadeling terecht een plaats heeft verworven in het Belgische verbintenissenrecht.¹¹³²

i. Afbakening van het wilsgebrek bedrog

383. *Begrip en voorwaarden* – Overeenkomstig artikel 1116, lid 1 B.W. is bedrog een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst, wanneer de kunstgrepen die één van de partijen bij de contractsluiting heeft aangewend, van die aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen het contract klaarblijkelijk niet zou hebben aangegaan.¹¹³³ Bedrog bevat steeds een *materieel* bestanddeel, d.i. de kunstgreep of list, en een *psychologisch* bestanddeel, d.i. het opzet om de tegenpartij door middel van die kunstgreep tot contracteren aan te zetten.¹¹³⁴ Teneinde tot de nietigheid van het contract te leiden, dient het bedrog aan volgende voorwaarden te voldoen: (i) er moeten kunstgrepen of listen worden aangewend, (ii) deze listen moeten uitgaan van de medecontractant, (iii) de medecontractant moet de bewuste bedoeling hebben om de bedrogene te misleiden en aan te zetten tot contracteren, en (iv) de listen moeten doorslaggevend zijn voor het sluiten van de overeenkomst.¹¹³⁵

384. *Voorwaarden. Aanwending van kunstgrepen* – Verschillende soorten kunstgrepen worden aanvaard. Zo is er vooreerst sprake van bedrieglijke kunstgrepen, zijnde alle handelingen die beogen

¹¹³⁰ *Infra*, nrs. 582 e.v.

¹¹³¹ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 209.

¹¹³² Zie in het algemeen, CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72-73. Dat de dwaling omtrent de prijs of de waarde van de zaak in het Belgische recht in beginsel niet aanvaard wordt (*supra*, nr. 170), zet het belang van de gekwalificeerde benadeling nog extra in de verf.

¹¹³³ De definitie van bedrog werd recentelijk nog bevestigd door het Hof van Cassatie: Cass. 30 juni 2005, *Pas.* 2005, 1488, *RW* 2007-2008, 1406.

¹¹³⁴ K. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 344; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 187.

¹¹³⁵ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 59; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 1998, nr. 1486; STUNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 84.

een valse schijn te creëren¹¹³⁶ (bv. het wijzigen van de kilometerteller).¹¹³⁷ Daarnaast vormen leugenachtige verklaringen een tweede belangrijke categorie.¹¹³⁸

Aangenomen wordt dat een kunstgreep niet alleen een positieve handeling kan omvatten, maar ook een bedrieglijk verzwijgen van informatie.¹¹³⁹ Het spreekt voor zich dat het bestaan van een precontractuele spreek- of informatieplicht een belangrijke indicatie zal zijn om het stilzwijgen van een partij als een bedrieglijke kunstgreep te kunnen kwalificeren.¹¹⁴⁰ Een precontractuele spreek- of informatieplicht kan voortvloeien uit de wet, maar ook uit bijzondere omstandigheden (bv. de professionele deskundigheid van de partij of het vertrouwen dat zij wekt bij de wederpartij).¹¹⁴¹ Tot slot leiden sommige hoven en rechtbanken het bedrog af uit het louter exploiteren van de zwakheden van de tegenpartij.¹¹⁴²

385. *Voorwaarden. Uitgaand van de medecontractant* – Overeenkomstig artikel 1116 B.W. dient de kunstgreep in ieder geval uit te gaan van de medecontractant zelf.¹¹⁴³ Het is evenwel voldoende dat deze laatste medeplichtig was aan het bedrog om de nietigverklaring van de overeenkomst te bekomen.¹¹⁴⁴ Gaat de kunstgreep niet uit van de medecontractant (of van diens vertegenwoordiger), maar van een derde, dan kan de overeenkomst niet nietig verklaard worden op basis van bedrog. In dat geval kan wel een schadevergoeding gevorderd worden van deze derde persoon wegens een precontractuele fout.¹¹⁴⁵

386. *Voorwaarden. Opzet* – Opdat er sprake kan zijn van het wilsgebrek bedrog, is het noodzakelijk dat de medecontractant de kunstgrepen doelbewust en te kwader trouw heeft aangewend om de medecontractant opzettelijk in dwaling te brengen.¹¹⁴⁶ Een grove tekortkoming maakt op zich geen

¹¹³⁶ TILLEMAN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 188; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 248.

¹¹³⁷ Bergen 18 maart 1986, *RRD* 1987, 127 bevestigd door Cass. 21 april 1988, *TBH* 1991, 203, noot C. JASSOGNE; Rb. Dendermonde 5 januari 1994, *RW* 1993-94, 1059; Kh. Luik 11 juli 1953, *Jur. Liège* 1953-54, 34; Vred. Namen 21 maart 1975, *RRD* 1976, 18.

¹¹³⁸ Cass. 28 april 1961, *Pas.* 1961, 925, noot R.H.; Bergen 25 februari 1986, *Pas.* 1986, II, 67, noot J.S.; Antwerpen 15 december 1982, *RW* 1982-83, 1497; Kh. Luik 24 januari 1991, *JT* 1991, 526; Kh. Leuven 3 december 1968, *TBH* 1969, 419. Niet iedere leugen maakt evenwel bedrog uit. Sommige leugens en overdrijvingen zijn zo gebruikelijk geworden in het handelsverkeer dat ze toelaatbaar worden geacht. Hierbij kan gedacht worden aan reclame (CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 61; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 315).

¹¹³⁹ Antwerpen 1 april 1992, *RW* 1994-95, 783; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 84; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 711; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 226 e.v.

¹¹⁴⁰ Brussel 25 november 1982, *JT* 1983, 396; Rb. Dendermonde 5 januari 1994, *RW* 1993-94, 1059; K. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 344; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 1998, nr. 1488; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 84; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 72; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 251.

¹¹⁴¹ Bergen 23 oktober 1989, *TBH* 1990, 401; Bergen 28 september 1989, *JLMB* 1990; Bergen 29 maart 1988, *Pas.* 1988, II, 170; Brussel 20 mei 1987, *TBH* 1988, 35, noot D. DEVOS. In dit verband kan tevens gewezen worden op het arrest van het hof van beroep te Antwerpen d.d. 11 februari 2005 waar geoordeeld werd dat indien een regeling is opgenomen in een overeenkomst omtrent mogelijks hangende procedures, de koper nadien de verkoper geen bedrog kan verwijten indien deze procedure niet werd meegedeeld (Antwerpen 11 februari 2005, *TRV* 2005, 116, noot D. VAN GERVEN).

¹¹⁴² Brussel 29 juni 1995, *RIJ* 1995, 171; Brussel 17 februari 1989, *JT* 1989, 291; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 1998, nr. 1488; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 711, met de daarin opgenomen verwijzingen; TILLEMAN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 192; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 72.

¹¹⁴³ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 85; TILLEMAN, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 194; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 71.

¹¹⁴⁴ Rb. Leuven 18 november 2000, *T. Not.* 2001, 283; K. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 352; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 316; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 229-230.

¹¹⁴⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 85.

¹¹⁴⁶ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 60; K. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 350; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 86.

bedrog uit. Artikel 1116, lid 2 B.W. bepaalt evenwel uitdrukkelijk dat bedrog niet wordt vermoed.¹¹⁴⁷ Er rust derhalve een zware bewijslast op diegene die zich beroept op bedrog. Indien iemand door zijn fout onopzettelijk zijn medecontractant doet dwalen, kan het contract niet nietig verklaard worden op basis van bedrog. Evenwel kan het desgevallend op basis van dwaling worden vernietigd, indien de voorwaarden daartoe vervuld zijn.¹¹⁴⁸

387. *Voorwaarden. Hoofdbedrog* – Enkel hoofdbedrog kan de nietigheid van de overeenkomst met zich meebrengen. Het bedrog moet doorslaggevend zijn, in die zin dat de bedrogene zonder het bedrog de overeenkomst niet zou hebben aangegaan.¹¹⁴⁹ Indien de contractant de overeenkomst tevens zou hebben aangegaan zonder het bedrog, doch tegen minder nadelige voorwaarden, dan is er enkel sprake van incidenteel bedrog.¹¹⁵⁰

388. *Voorwaarden. Geen verschoonbaarheid vereist* – Tot slot moet benadrukt worden dat er, in tegenstelling tot de dwaling, geen verschoonbaarheid vereist is in hoofde van de bedrogen partij.¹¹⁵¹ Zodra het bedrog vaststaat, dient de vraag naar de verschoonbaarheid van de uit het bedrog voortvloeiende dwaling niet meer te worden gesteld.

389. *Gevolgen* – De bedrogen partij die het bewijs kan leveren van het hoofdbedrog, kan de nietigverklaring van de overeenkomst vorderen. Aangezien het een relatieve nietigheid betreft, kan enkel de benadeelde partij de nietigverklaring vorderen.¹¹⁵² Indien de nietigverklaring de schade niet volledig vergoedt, kan een aanvullende schadevergoeding gevorderd worden op basis van een precontractuele fout.¹¹⁵³ De bedrogene kan er wel voor opteren om de nietigheid niet te vorderen en enkel een schadevergoeding te vragen.¹¹⁵⁴ Heeft het bedrog enkel tot gevolg dat de contractpartij zonder dat bedrog tegen minder nadelige voorwaarden zou hebben gecontracteerd (incidenteel bedrog), dan kan in beginsel enkel schadevergoeding bekomen worden op basis van een *culpa in contrahendo*.¹¹⁵⁵

¹¹⁴⁷ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 711; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 71.

¹¹⁴⁸ TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 192.

¹¹⁴⁹ Cass. 30 juni 2005, *Pas.* 2005, 1488, *RW* 2007-2008, 1406; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 86; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 314-315; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 228-229.

¹¹⁵⁰ K. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 344 en 351.

¹¹⁵¹ Cass. 29 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1201 en *Pas.* 1980, 1190; Cass. 6 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 168 en *Pas.* 1978, 157; Cass. 23 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 107 en *Pas.* 1978, I, 157; Bergen 10 februari 1992, *JT* 1992, 777; Gent 9 april 1997, *AJT* 1998-99, 951; Kh. Luik 24 januari 1991, *JT* 1991, 526; K. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 350-351; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 711; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 86; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 193; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 71.

¹¹⁵² K. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 353; S. STIJNS, “De sanctiëring van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Stany Matheëussen*, 2006, (132) 133.

¹¹⁵³ K. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 353; S. STIJNS, “De sanctiëring van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Stany Matheëussen*, 2006, (132) 134; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 197.

¹¹⁵⁴ S. STIJNS, “De sanctiëring van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Stany Matheëussen*, 2006, (132) 134.

¹¹⁵⁵ S. STIJNS, “De sanctiëring van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Stany Matheëussen*, 2006, (132) 162; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 315.

390. *Afbakening ten aanzien van gekwalificeerde benadeling* – Dat de grenslijn tussen bedrog en gekwalificeerde benadeling niet steeds even duidelijk is, wordt algemeen erkend.¹¹⁵⁶ Het cassatiearrest van 5 oktober 1967 heeft de grenslijn tussen beide rechtsfiguren vervaagd. Met dat arrest aanvaardde het Hof van Cassatie immers dat het bedrog kan bestaan in het uitbuiten van de ondergeschikte positie waarin de medecontractant zich bevindt: “*Overwegende dat de kunstgrepen, in de zin van artikel 1116 van het Burgerlijk Wetboek, onder meer kunnen bestaan in het exploiteren van de intellectuele zwakheid van een medecontractant*”.¹¹⁵⁷ Sindsdien hebben verschillende toepassingsgevallen uit de rechtspraak aangetoond dat het bedrog en de gekwalificeerde benadeling elkaar in bepaalde gevallen overlappen.¹¹⁵⁸ In tegenstelling tot de dwaling, wordt het bedrog over de prijs of de waarde van de zaak trouwens ook als wilsgebrek aanvaard.¹¹⁵⁹

Ondanks deze grensvervaging wordt aangenomen dat de gekwalificeerde benadeling zich onderscheidt van bedrog, en in die zin ook een innoverende rol vervult.¹¹⁶⁰ Bij bedrog staat immers niet zozeer het misbruik van een ondergeschikte positie centraal, doch veeleer een bedrieglijk uitgelokte verkeerde voorstelling van de werkelijkheid. De gekwalificeerde benadeling vangt dan ook die situaties op waarin een contractpartij zonder een bedrieglijk uitgelokte verkeerde voorstelling van de werkelijkheid zijn medecontractant, die zich in een ondergeschikte positie bevindt, ertoe overhaalt om een ernstige benadeling te aanvaarden.¹¹⁶¹ Aangenomen wordt dat de gekwalificeerde benadeling geen intentioneel element vereist, en al evenmin de aanwending van kunstgrepen.¹¹⁶² De gekwalificeerde benadeling ligt trouwens voor, zowel indien de overeenkomst zonder het misbruik niet zou zijn gesloten, als indien het contract zonder het misbruik tegen minder nadelige voorwaarden zou zijn aangegaan.¹¹⁶³ Voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling is daarentegen wel vereist dat één van de contractpartijen zich in een ondergeschikte positie bevindt, waarvan de medecontractant misbruik maakt. Ook wordt vereist dat zich een ernstig onevenwicht voordoet tussen de contractuele hoofdprestaties.¹¹⁶⁴ Deze voorwaarden zijn daarentegen niet vereist bij het bedrog.

¹¹⁵⁶ R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 395; ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 367; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1515 en 1516; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126-127. WERY, *Droit des obligations*, 2010, 213. Zie in dit verband ook H. MAZEAUD, “Considérations sur la lésion”, *JT* 1946, (265) 267: “*Seulement, il n’y a là qu’une apparence, car le terme ‘exploitation’ dont se sert le législateur, marque sa volonté d’admettre au moins comme sous-jacente l’idée de dol.*”

¹¹⁵⁷ Cass. 5 oktober 1967, *Arr. Verbr.* 1968, 172. Zie tevens C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 210; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 32; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 395.

¹¹⁵⁸ Gent 19 maart 1999, *TBBR* 2000, 315; Brussel 17 februari 1989, *JT* 1989, 291; Bergen 6 juni 1986, *JT* 1987, 344; Rb. Neufchâteau 30 januari 1985, *Rev. not. b.* 1986, 583; Rb. Antwerpen 19 maart 1982, *RW* 1982-83, 2628; Kh. Luik 20 mei 1960, *JL* 1959-1960, 299, noot.

¹¹⁵⁹ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 526; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 230

¹¹⁶⁰ Zie o.m. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72-73. Voor Frankrijk: GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 799.

¹¹⁶¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72-73. Voor het onderscheid tussen het wilsgebrek bedrog en de gekwalificeerde benadeling, zie tevens A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 12.

¹¹⁶² DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 77; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 33.

¹¹⁶³ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 33.

¹¹⁶⁴ M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 68-69; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 33. Indien aangenomen wordt dat een louter nadeel kan volstaan voor de gekwalificeerde benadeling, dan laat het vereiste van de benadeling niet toe om het onderscheid te maken met het bedrog. Zie *infra*, nr. 690.

ii. Afbakening van het wilsgebrek geweld

391. *Begrip en voorwaarden* – Van het wilsgebrek geweld (soms ook *dwang* genoemd) is er sprake, indien er fysieke of morele gewelddaden worden gepleegd – of bedreigingen daartoe worden geuit – die bij een persoon de vrees opwekken voor een aanzienlijk kwaad, teneinde deze persoon tot het stellen van een rechtshandeling aan te zetten.¹¹⁶⁵ Het wilsgebrek geweld wordt ruim ingevuld, zo blijkt uit de verschillende wetsartikelen die in het Burgerlijk Wetboek aan dit wilsgebrek worden gewijd. Zo bestaat geweld uit het uitoefenen van een *fysieke* of *morele* dwang – minstens uit de dreiging ermee – ten aanzien van *een persoon, zijn eer of zijn vermogen*, dan wel ten aanzien van *zijn echtgenoot of bloedverwanten in de neerdalende of opgaande lijn*.¹¹⁶⁶ De draagwijdte van het wilsgebrek werd daarnaast nog uitgebreid door rechtspraak en rechtsleer.¹¹⁶⁷ In tegenstelling tot de wilsgebreken dwaling en bedrog staat bij geweld niet zozeer een verkeerde voorstelling van de werkelijkheid centraal. Het uitgeoefende geweld brengt wel zo'n vrees met zich mee dat een persoon niet langer in staat is om zijn eigen wil te vormen en te volgen, maar zich noodgedwongen neerlegt bij de wil van de persoon van wie het geweld uitgaat of bij de omstandigheden die de vrees creëren. Was die vrees er niet geweest, dan zou de wil van die persoon anders gevormd zijn.¹¹⁶⁸ Bijgevolg is niet zozeer het geweld het werkelijke wilsgebrek, doch wel de vrees die uitgelokt wordt door dat geweld.¹¹⁶⁹

Opdat een overeenkomst kan worden nietig verklaard wegens geweld, moeten volgende voorwaarden cumulatief vervuld zijn bij de contractsluiting: (i) er wordt een gewelddaad uitgeoefend, of er wordt minstens mee gedreigd, (ii) in hoofde van het slachtoffer ontstaat een dadelijke vrees voor een aanzienlijk kwaad, (iii) het geweld is determinerend voor de contractsluiting en (iv) het geweld is onrechtmatig of ongeoorloofd.¹¹⁷⁰

392. *Voorwaarden. Uitoefening van of dreiging met gewelddaden* – De gewelddaden die worden uitgeoefend of waarmee wordt gedreigd, kunnen verscheidene vormen aannemen. Zo kan het gaan om gewelddaden van *fysieke* aard (aantasting van lichamelijke integriteit, bv. slagen en verwondingen), van *materiële* aard (aantasting van het vermogen, bv. brandstichting) of van *morele* aard (aantasting van de eer en de goede naam).¹¹⁷¹ De gewelddaden hoeven geen positieve handeling te zijn. Ook het verzwijgen of het nalaten iets te doen kan als gewelddaad worden gekwalificeerd.¹¹⁷²

¹¹⁶⁵ Zie de definitie bij DE PAGE: “*La violence est le fait d’inspirer à une personne la crainte d’un mal considérable, en vue de la déterminer à faire un acte juridique.*” (DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 65). Zie tevens R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 526.

¹¹⁶⁶ Art. 1112 en 1113 B.W.

¹¹⁶⁷ *Infra*, nr. 392.

¹¹⁶⁸ W. DE BOND, “De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten”, *TBBR* 1996, (369) 377; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2002, losbl., II.4-63.

¹¹⁶⁹ Vred. Grâce-Hollogne 27 november 2003, *JLMB* 2004, 1019; DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 65; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 64-65.

¹¹⁷⁰ Antwerpen 22 november 1995, *AJT* 1995-1996, 463, noot R. PASCARIELLO; Gent 15 januari 1991, *RW* 1991-92, 467; Arbh. Brussel 25 februari 1987, *Soc. Kron.* 1988, 129, noot I. BRANDON; Arbrb. Nijvel 12 oktober 2005, *JTT* 2006, 65; DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 67; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 354; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2002, II.4 – 63; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 87; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 712; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 138.

¹¹⁷¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 64-65; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 233.

¹¹⁷² C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WÉRY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 311.

Het geweld zal in beginsel pas een oorzaak van nietigheid zijn, wanneer het gepleegd wordt tegen de persoon (of tegen diens eer of vermogen) die het contract aangaat.¹¹⁷³ Artikel 1113 B.W. breidt het toepassingsgebied wel uit door ook het geweld gepleegd tegen diens echtgenoot of echtgenote, of tegen diens bloedverwanten in de neerdalende of in de opgaande lijn, als een oorzaak van nietigheid van het contract te beschouwen. Deze opsomming is echter niet beperkend.¹¹⁷⁴ In de doctrine wordt aanvaard dat er sprake kan zijn van geweld, wanneer de gewelddaden gepleegd worden tegen een persoon waarmee de contractant een affectieve relatie heeft.¹¹⁷⁵

In tegenstelling tot het wilsgebrek bedrog, hoeft het geweld niet uit te gaan van de medecontractant, maar kan het daarentegen ook gepleegd worden door een derde partij.¹¹⁷⁶ Er wordt daarenboven aangenomen dat het geweld ook kan uitgaan van de omstandigheden waarin de overeenkomst werd gesloten. Deze situatie omschrijft men nader met de term *noodtoestand*.¹¹⁷⁷ Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat een arrest van het hof van beroep artikel 1111 B.W. schond door het geweld als oorzaak van nietigheid van de overeenkomst uit te sluiten, gelet op het feit dat een staking – wat ingeroepen werd als geweld – onmogelijk door de tegenpartij georganiseerd kon zijn.¹¹⁷⁸

393. *Voorwaarden. Dadelijke vrees voor een aanzienlijk kwaad* – Overeenkomstig artikel 1112 B.W. moet het geweld van die aard zijn dat het op een redelijk mens indruk maakt en hem kan doen vrezen dat hijzelf of zijn vermogen aan een aanzienlijk en dadelijk kwaad is blootgesteld. Deze zinsnede werd omgevormd tot een tweede voorwaarde, met name de aanwezigheid van *een dadelijke vrees voor een aanzienlijk kwaad*. Daarmee wordt bedoeld dat het uitgeoefende geweld of de dreiging ermee indruk moet maken op ieder redelijk persoon (*objectief criterium*) die zich in dezelfde concrete omstandigheden bevindt (*subjectief criterium*).¹¹⁷⁹ De concretisering kan gebeuren aan de hand van leeftijd, geslacht en stand van de personen.¹¹⁸⁰

394. *Voorwaarden. Determinerend voor de contractsluiting* – Het geweld moet determinerend of doorslaggevend zijn voor de contractsluiting. Enkel die gewelddaden die in oorzakelijk verband staan met de contractsluiting (d.i. hoofdgeweld), kunnen tot de nietigverklaring van het contract leiden. De gewelddaden die er enkel toe hebben geleid dat er onder meer bezwarende voorwaarden werd gecontracteerd (d.i. incidenteel geweld), kunnen wel gesanctioneerd worden op basis van artikel 1382

¹¹⁷³ Art. 1112 B.W.; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2002, II.4 – 64; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 88.

¹¹⁷⁴ DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 69; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 72.

¹¹⁷⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 88; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 139.

¹¹⁷⁶ Art. 1111 B.W. *Supra*, nr. 385.

¹¹⁷⁷ C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 329; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2002, II.4-64; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 88; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2001, 73; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 139; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 235-236.

¹¹⁷⁸ Cass. 27 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1038 en *Pas.* 1995, I, 1071. Ter illustratie van de noodtoestand wordt ook vaak de zaak aangehaald waar de eigenares van een pand door brandweerlui gedwongen werd om de verbintenis aan te gaan om de kosten voor het blussen terug te betalen. Het hof van beroep heeft *in casu* de dwang afgeleid uit de noodtoestand waarin de eigenares zich bevond (Brussel 7 februari 1964, *Pas.* 1965, II, 70).

¹¹⁷⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 66; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 87; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 138-139.

¹¹⁸⁰ Art. 1112, lid 2 B.W.; Antwerpen 22 november 1995, *AJT* 1995-1996, 463, noot R. PASCARIELLO; Rb. Luik 22 juni 1994, *JLMB* 1994, 1106.

B.W., doch brengen in beginsel niet de nietigverklaring van de overeenkomst met zich mee.¹¹⁸¹ Het determinerend karakter dient *in concreto* te worden bestudeerd, rekening houdend met de persoon van het slachtoffer en de concrete omstandigheden.¹¹⁸²

395. *Voorwaarden. Onrechtmatig of ongeoorloofd karakter* – De voorwaarde die in rechtspraak en rechtsleer veruit het meest aan bod komt, is het onrechtmatige of ongeoorloofde karakter van het geweld. Gewelddaden kunnen enkel leiden tot de nietigverklaring van de overeenkomst, indien ze ongeoorloofd of onrechtmatig zijn.¹¹⁸³ Deze regel wordt geïllustreerd door artikel 1114 B.W., waarin gesteld wordt dat de vrees uit eerbied voor vader of moeder of een andere bloedverwant in de opgaande lijn, zonder dat enig geweld wordt gebruikt, op zichzelf onvoldoende is om het contract te vernietigen. Dat artikel is slechts een illustratie en moet uitgebreid worden naar alle gevallen waar de invloed van één van de contractanten op de ander normaal en onvermijdbaar is.¹¹⁸⁴ Een normale rechts- of gezagsuitoefening brengt dus geen nietigverklaring van de overeenkomst wegens geweld met zich mee.¹¹⁸⁵

396. *Voorwaarden. Fout slachtoffer* – Tot slot rijst de vraag of vereist is dat het slachtoffer geen fout heeft gemaakt, opdat geweld succesvol zou kunnen worden ingeroepen. Deze vraag werd in de rechtsleer ook gesteld bij het wilsgebrek bedrog, doch door de meerderheid van rechtspraak en rechtsleer verworpen.¹¹⁸⁶ Dezelfde redenering moet worden gevolgd voor het wilsgebrek geweld.¹¹⁸⁷

397. *Gevolgen* – Wordt de rechtshandeling gesteld onder invloed van geweld, dan kan het slachtoffer deze rechtshandeling nietig laten verklaren.¹¹⁸⁸ De nietigheid kan worden opgeworpen tegen eenieder die zich op de onregelmatige rechtshandeling beroept of kan beroepen.¹¹⁸⁹ De nietigheid kan niet meer opgeworpen worden, indien de overeenkomst sinds het ophouden van het geweld hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, werd goedgekeurd.¹¹⁹⁰ Telkens het geweld een fout

¹¹⁸¹ W. DE BOND, “De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten”, *TBBR* 1996, (369) 378; C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WÉRY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 319; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2002, II.4 – 65; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 88; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 254; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 139.

¹¹⁸² C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WÉRY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 319.

¹¹⁸³ Cass. 15 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 909; Cass. 6 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 420, *RW* 1998-99, 846, noot; Cass. 23 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 359; Cass. 12 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-1980, 1144; Cass. 7 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 288, *Pas.* 1978, I, 275; Cass. 8 januari 1970, *Arr. Cass.* 1970, 417; Cass. 21 januari 1960, *Arr. Cass.* 1960, 460; Gent 13 december 2004, *DAOR* 2005, afl. 76, 359, noot G. GATHEM.

¹¹⁸⁴ DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 68.

¹¹⁸⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 88; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 140.

¹¹⁸⁶ *Supra*, nr. 388.

¹¹⁸⁷ C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WÉRY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 327.

¹¹⁸⁸ Art. 1111 B.W. Wilsgebreken kunnen in beginsel zowel de geldigheid van een overeenkomst als de geldigheid van een eenzijdige rechtshandeling aantasten. Bij de verdere bespreking van het wilsgebrek *geweld* wordt telkens uitgegaan van de veronderstelling dat de geldigheid van *een overeenkomst* wordt aangetast. Deze redenering kan naar analogie ook telkens worden toegepast op eenzijdige rechtshandelingen.

¹¹⁸⁹ Cass. 27 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1038, *Pas.* 1995, I, 1071.

¹¹⁹⁰ Art. 1115 B.W.; Arbh. Brussel 18 maart 1992, *JIT* 1993, 148; Arbh. Gent 23 maart 1992, *JIT* 1993, 146, noot; Arbrb. Brussel 30 juni 1995, *JIT* 1996, 29.

oplevert in de zin van artikel 1382 B.W., kan een aanvullende schadevergoeding gevorderd worden van de medecontractant of de derde van wie het geweld uitgaat.¹¹⁹¹

398. *Afbakening ten aanzien van gekwalificeerde benadeling* – Ook de grenslijn tussen het geweld en de gekwalificeerde benadeling is niet steeds even duidelijk.¹¹⁹² Een loutere economische ongelijkheid tussen contractpartijen maakt geen geweld uit, zo oordeelde het Hof van Cassatie in 1969.¹¹⁹³ Wordt echter misbruik gemaakt van een economische machtspositie, dan kan wel geweld voorhanden zijn.¹¹⁹⁴ Misbruik van een economische machtspositie kan derhalve zowel via de gekwalificeerde benadeling als via het wilsgebrek geweld worden aangepakt.¹¹⁹⁵

Deze (mogelijke) overlapping tussen de gekwalificeerde benadeling en het geweld belet niet dat beide rechtsfiguren toch onderscheiden moeten worden.¹¹⁹⁶ Bij geweld staat immers niet zozeer het misbruik van een inferieure positie centraal, maar wel een bedreiging met een aanzienlijk kwaad. De gekwalificeerde benadeling ondervangt dan de gevallen waarin een contractpartij zonder enige bedreiging met een kwaad, zijn medecontractant die zich in een inferieure positie bevindt, ernstig benadeelt.¹¹⁹⁷ De toepassing van de gekwalificeerde benadeling veronderstelt ook een effectieve schade, bestaande uit een kennelijk onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Bij geweld volstaat het dat een overeenkomst werd gesloten die zonder het geweld niet zou zijn gesloten.¹¹⁹⁸ Bij de gekwalificeerde benadeling wordt dit determinerend karakter ruimer ingevuld.¹¹⁹⁹

*b. Afbakening van de leer der onrechtmatige bedingen*¹²⁰⁰

399. *Twee “hoeders van het contractuele evenwicht”*¹²⁰¹ – De leer der onrechtmatige bedingen, sinds 1991 neergelegd in artikel 31 e.v. WHPC, vertoont een gelijkenis met de gekwalificeerde benadeling.¹²⁰² In het voorontwerp van de wet handelspraktijken van 1991 was de gelijkenis nog

¹¹⁹¹ R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 141.

¹¹⁹² Rb. Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 792; J. ROODHOOFT (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1515 en 1516; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126-127; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 213. Zie tevens R. HENDRICKX, “Het vergeten wilsgebrek”, *Jura Falc.* 1989-1990, (179) 188.

¹¹⁹³ Cass. 2 mei 1969, *Arr. Cass.* 1969, 834; Brussel 7 november 1986, *TBBR* 1987, 144, noot W. DE BONDT. Zie tevens Arbh. Bergen 30 juni 1988, *Rev. Liège* 1988, 1427, aangehaald door R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 396.

¹¹⁹⁴ Zie Brussel 7 november 1986, *TBBR* 1987, 144, noot W. DE BONDT.

¹¹⁹⁵ DE BONDT pleit echter voor de sanctionering van het misbruik van economische machtspositie via de gekwalificeerde benadeling. Het wilsgebrek geweld laat immers niet toe om een onderscheid te maken tussen de gevallen waarin het gebruik al dan niet leidt tot benadeling (W. DE BONDT, “Gebruik en misbruik van de economische machtspositie in het contractenrecht”, (noot onder Brussel 7 november 1986), *TBBR* 1987, (147) 153 e.v.). KRUTHOF bekritiseert dit en wijst erop dat het geweld onrechtmatig moet zijn om als wilsgebrek in aanmerking te komen. Via de beoordeling van het (on)rechtmatig karakter van geweld, kan het benadelende karakter van de overeenkomst wel ter sprake komen (R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 396).

¹¹⁹⁶ Voor Frankrijk: GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 799.

¹¹⁹⁷ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72-73. Voor het onderscheid tussen het wilsgebrek geweld en de gekwalificeerde benadeling, zie tevens A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 12.

¹¹⁹⁸ C. GOUX, “La violence dans la formation des actes juridiques”, in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, 2002, (306) 336.

¹¹⁹⁹ Zie o.m. R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 139 en 146.

¹²⁰⁰ Voor een uitgebreide bespreking van deze leer inzake de onrechtmatige bedingen, zie *infra*, nrs. 743-994.

¹²⁰¹ Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 254.

¹²⁰² Zie in dit verband L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (312) 329; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, (562) 567.

treffender. De algemene norm van artikel 31 WHPC (nu art. 2, 28° WMC) verbood immers “*contractbedingen die ten nadele van de consument door de exploitatie van zijn behoeften, zijn zwakheid of zijn gebrek aan ervaring of kennis een onevenwicht in de rechten en verbintenissen van de contractanten creëren*”.¹²⁰³ Eén auteur suggereerde zelfs om de grondslag van de algemene rechtsnorm ter bestrijding van bezwarende contractuele bedingen in de theorie van de gekwalificeerde benadeling te leggen.¹²⁰⁴ Aan beide rechtsfiguren ligt dezelfde idee ten grondslag, met name het verhelpen van een aantasting van het contractuele evenwicht.¹²⁰⁵

400. *Feitelijke versus juridische gelijkheid* – Bij de gekwalificeerde benadeling staan de wijze van totstandkoming van de overeenkomst alsook het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties centraal. Bij de onrechtmatige bedingenleer wordt veeleer de inhoud van de contractuele rechten en verplichtingen (of de bijkomende contractuele prestaties) onderzocht, en dit ongeacht de wijze van de totstandkoming.¹²⁰⁶ In de onrechtmatige bedingenleer wordt de inhoudelijke toetsing van de contractuele hoofdprestaties uitgesloten via de ontoetsbaarheid van kernbedingen, neergelegd in artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3 WHPC). Met de gekwalificeerde benadeling zou men de *feitelijke* gelijkheid trachten na te streven, daar waar men met de onrechtmatige bedingenleer de *juridische* gelijkheid tracht te bekomen.¹²⁰⁷

*c. Afbakening van de agressieve handelspraktijken*¹²⁰⁸

401. *Begrip agressieve handelspraktijk* – Hoewel de WHPC van 1991 in de algemene toetsingsnorm de verwijzing naar de gekwalificeerde benadeling achterwege liet, vindt men sinds 2007 in de nieuwe WHPC (nu WMC) een link in de definitie van het begrip *agressieve handelspraktijk*. Overeenkomstig artikel 92 WMC (oud art. 94/9 WHPC) wordt een handelspraktijk als agressief beschouwd, indien die handelspraktijk “*in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen*”.

Overeenkomstig artikel 2, 34° WMC (oud art. 93, 10° WHPC) wordt onder *ongepaste beïnvloeding* verstaan “*het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt*”. Om te bepalen of er bij een handelspraktijk gebruik wordt gemaakt van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding, wordt o.m. rekening gehouden met “*het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of*

¹²⁰³ Voorontwerp van de WHPC van 1991, aangehaald door DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 254.

¹²⁰⁴ T. BOURGOIGNIE, *Rechtshulp aan de consument*, 1981, 187-188.

¹²⁰⁵ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 255. Zie tevens VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 130.

¹²⁰⁶ E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, (562) 567. Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 208.

¹²⁰⁷ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 255; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK, *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 295; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 93. Vergelijk M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 161-163; F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1152 e.v. Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 208. Voor een verdere nuancering van dit onderscheid, zie *infra*, nrs. 867 e.v.

¹²⁰⁸ Voor een bespreking van deze leer inzake de oneerlijke handelspraktijken, zie *infra*, nrs. 1237-1284.

*omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden”.*¹²⁰⁹

402. *Band met gekwalificeerde benadeling* – De notie *agressieve handelspraktijk* vertoont gemeenschappelijke kenmerken met de gekwalificeerde benadeling.¹²¹⁰ De gekwalificeerde benadeling vereist een misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit. Deze voorwaarde lijkt ook vervat te liggen in het begrip *agressieve handelspraktijk*, meer bepaald in de notie *ongepaste beïnvloeding*. Evenwel wordt bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties vereist, terwijl dit schadeaspect niet aan bod komt in het hoofdstuk inzake de oneerlijke handelspraktijken.¹²¹¹ Later in ons onderzoek zal worden aangetoond dat de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken het bewijs van de gekwalificeerde benadeling in de contractuele relatie tussen een consument en een professioneel wel kan vergemakkelijken.¹²¹²

d. Afbakening van de rechterlijke herzieningsbevoegdheid in de wet betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties

403. *Algemeen* – Ter afbakening van de gekwalificeerde benadeling wiizen we tot slot ook op de rechterlijke herzieningsbevoegdheid in het kader van de wet van 2 augustus 2002 inzake de betalingsachterstand bij handelstransacties.¹²¹³ Artikel 7 van deze wet bepaalt als volgt: “*Contractuele bedingen die afwijken van de bepalingen van dit hoofdstuk worden door de rechter, op verzoek van de schuldeiser, herzien indien zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, met inbegrip van de goede handelspraktijken en de aard van het product of de dienst, een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser behelzen, met dien verstande dat de door de rechter bepaalde billijke voorwaarden aan de schuldeiser niet meer rechten kunnen verlenen dan deze waarover hij krachtens de bepalingen van dit hoofdstuk zou beschikken*”. De bedoeling van de regelgever bestond erin het misbruik van de contractvrijheid ten nadele van de schuldeiser te verbieden. De wetgever was immers van oordeel dat de *kleinere handelaar* of de *kleinere onderneming* die zich in een positie van afhankelijkheid bevindt, beschermd moet worden tegen de machtspositie van de *grote schuldenaars*.¹²¹⁴

¹²⁰⁹ Art. 93, 3° WMC (oud art. 106, 3° WHPC).

¹²¹⁰ Zie E. SWAENPOEL, “Geweld, benadeling en gekwalificeerde benadeling: een stand van zaken naar Belgisch recht”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheussen*, 2006, (101) 128-129. Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 209. In het Nederlandse recht, zie R.W. DE VREY, “Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken”, *VrA* 2006, (51) 58-59.

¹²¹¹ E. SWAENPOEL, “Geweld, benadeling en gekwalificeerde benadeling: een stand van zaken naar Belgisch recht”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheussen*, 2006, (101) 128-129.

¹²¹² *Infra*, nr. 1323 e.v.

¹²¹³ Wet 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties, *BS* 7 augustus 2002.

¹²¹⁴ V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 329; P. WERY, “La loi du 2 août concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales”, *JT* 2003, (869) 871. SAGAERT en SAMOY benadrukken terecht dat geen verband kan worden gelegd tussen de *kennelijke onbillijkheid* van het beding en het verbod op rechtsmisbruik. Het criterium van de *kennelijke onbillijkheid* beschermt namelijk de partij die zich beroept op het contractuele recht, terwijl rechtsmisbruik er precies toe strekt een sanctie op te leggen aan de partij die zich beroept op het contractuele recht (zie V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 329-330, voetnoot 90).

404. *Toepassingsvoorwaarden* – De rechterlijke herzieningsbevoegdheid geldt voor afwijkende bedingen betreffende de betalingstermijn, het vereiste van ingebrekestelling of betreffende het bedrag van de moratoire interesten, alsook voor bedingen inzake de invorderingskosten.¹²¹⁵ Over de invulling van het criterium *kennelijke onbillijkheid* blijft de parlementaire voorbereiding vaag. Een beding kan worden geacht *kennelijk onbillijk* te zijn “wanneer een onderzoek naar de concrete omstandigheden uitwijst dat de schuldenaar misbruik van contractvrijheid heeft gepleegd vanuit zijn economische machtspositie tegenover de wederpartij”.¹²¹⁶ Bij de beoordeling van de kennelijke onbillijkheid kan de rechter zich inspireren op een aantal elementen, zoals de aanwijzingen die in artikel 7 zelf vervat liggen (de goede handelspraktijken, de aard van het product of de dienst en de aanwezigheid van objectieve redenen bij de schuldenaar om af te wijken van de wettelijke regeling), het doel van de bepaling omtrent afwijkende bedingen en de invulling van het begrip *onrechtmatig beding* van artikel 2, 28° WMC (oud artikel 31, § 1 WHPC).¹²¹⁷ De rechter beschikt overeenkomstig artikel 7 van de wet over een marginale toetsingsbevoegdheid. Een terughoudende toetsing door de rechter kan hier verklaard worden doordat beide partijen professionele partijen zijn.

405. *Afbakening ten aanzien van de gekwalificeerde benadeling* – De bepaling inzake de *kennelijke onbillijkheid* vertoont gelijkenissen met de theorie van de gekwalificeerde benadeling. Zo zijn beide rechtsfiguren ingegeven vanuit de bescherming van het contractuele evenwicht tegen het misbruik van een positie van afhankelijkheid door één van de contractpartijen. Waar de gekwalificeerde benadeling evenwel het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties voor ogen houdt, betreft de herzieningsbevoegdheid op basis van artikel 7 wet inzake de bestrijding van de betalingsachterstand veeleer bepaalde rechten en plichten van partijen (bijkomende prestaties). In die zin vertoont deze herzieningsbevoegdheid een grotere gelijkenis met de onrechtmatige bedingenleer uit de WMC (oude WHPC).¹²¹⁸

C. Toepassingsvoorwaarden

406. *Drie toepassingsvoorwaarden* – Aangenomen wordt dat volgende drie toepassingsvoorwaarden vervuld moeten zijn, opdat er sprake kan zijn van gekwalificeerde benadeling: (i) een ernstige benadeling van één van de contractpartijen, (ii) misbruik van concrete omstandigheden van inferioriteit of superioriteit waarin één van de contractpartijen zich bevindt ten aanzien van de medecontractant en (iii) determinerend karakter van het misbruik.¹²¹⁹ Deze

¹²¹⁵ V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 329; P. WERY, “La loi du 2 août concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales”, *JT* 2003, (869) 878.

¹²¹⁶ V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 329.

¹²¹⁷ V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 329-330. In dezelfde zin, S. ONGENA en V. VANPETEGHEM, “Betalingsachterstand bij handelstransacties”, *NjW* 2003, (366) 373.

¹²¹⁸ Zie in dezelfde zin, J. DECHARNEUX, “La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales”, *T. Vred.* 2003, 140-145; V. SAGAERT en I. SAMOY, “De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd betaler is er twee waard ...”, *RW* 2002-2003, (321) 330; P. VAN OMMESLAGHE, “Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (245) 260. Zie ook R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 121-122.

¹²¹⁹ Zie Cass. 29 april 1993, *JT* 1994, 294; Gent 15 april 1999, *AJT* 1999-2000, 698; Luik 17 oktober 1996, *JT* 1997, 569; Rb. Brussel 17 maart 1995, *TBBR* 1995, 507; Rb. Bergen 21 november 1990, *T. Vred.* 1991, 45; C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 195; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 64; E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K.

toepassingsvoorwaarden moeten cumulatief vervuld zijn op het ogenblik van de contractsluiting.¹²²⁰ De benadeelde partij draagt de bewijslast van deze toepassingsvoorwaarden.¹²²¹ De vervulling van deze drie toepassingsvereisten wordt soeverein door de rechter beoordeeld.¹²²² In elk geval worden deze strenge toepassingsvoorwaarden beschouwd als een dubbele beperking van de matigingsbevoegdheid van de rechter. De rechter zal pas kunnen ingrijpen in de contractverhouding, indien een ernstige wanverhouding tussen de prestaties aanwezig is en dit ten gevolge van een misbruik van omstandigheden.¹²²³

1. Ernstige benadeling van één van de contractpartijen

407. *Manifeste wanverhouding tussen contractuele hoofdprestaties* – Met het vereiste van een ernstige benadeling van één van de contractpartijen wordt bedoeld op een manifeste wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties.¹²²⁴ Dat houdt in dat er in hoofde van één van de contractpartijen sprake moet zijn van een actuele of toekomstige vermogensaantasting, zonder dat er over het bestaan daarvan tussen normaal voorzichtige en redelijke beoordelaars betwisting zou kunnen rijzen.¹²²⁵ DE BERSAQUES benadrukte het manifeste karakter van de wanverhouding dat ervoor moet zorgen dat de rechter bij de toetsing de nodige voorzichtigheid aan de dag legt.¹²²⁶ Dit impliceert volgens sommige auteurs een marginale toetsing door de rechter.¹²²⁷ In ieder geval wordt bij de beoordeling door de rechter van dit vereiste geen gebruik gemaakt van mathematische richtlijnen. De rechter moet in elk concreet geval, rekening houdend met alle concrete omstandigheden, beslissen of er al dan niet een ernstige benadeling voorhanden is.¹²²⁸

RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 59; Y. HANNEQUART, “Le principe de proportionnalité en droit belge”, in X. (ed.), *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, 1995, (125) 135; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 394; C. PARMENTIER, “La volonté des parties”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (53) 88; N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 145; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 240-241. Zie evenwel DE PAGE die daarentegen slechts twee toepassingsvoorwaarden vooropstelt, met name ‘la disproportion anormale entre les prestations corrélatives’ en ‘l’exploitation de la situation défavorable d’autrui’ (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 111).

¹²²⁰ Antwerpen 27 april 1998, *IRDI* 1998, 240; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126.

¹²²¹ Bergen 14 februari 2000, *JDSC* 2002, 74; C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 204; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 111; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 548; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 147.

¹²²² J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 753.

¹²²³ A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 199; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 354.

¹²²⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 66; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91.

¹²²⁵ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 145-146. Er moet benadrukt worden dat een goede koopprijs vanuit het oogpunt van de koper geenszins impliceert dat er misbruik van de zwakheid van de tegenpartij en een manifest onevenwicht tussen de hoofdprestaties voorhanden is (Luik 12 september 2001, *RRD* 2002, 195, noot T. STAROSSELETS).

¹²²⁶ A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 516. Zie eerder reeds in dezelfde zin, DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 113.

¹²²⁷ Zie o.m. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72.

¹²²⁸ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 67. Zie bv. Rb. Brussel 17 maart 1995, *TBBR* 1995, 507; Vred. Antwerpen 5 november 1986, *RW* 1987-88, 1446; Kh. Antwerpen 27 oktober 1959, *RW* 1960-61, 398.

408. *Manifest nadeel* – Sommige auteurs pleiten ervoor om de invulling van deze eerste voorwaarde te beperken tot *het bestaan van een manifest nadeel* in hoofde van één van de contractpartijen. Door een manifeste wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties als toepassingsvoorwaarde op te leggen, zou de gekwalificeerde benadeling enkel bij wederkerige overeenkomsten kunnen worden aangewend. Er zouden zich echter ook bij eenzijdige overeenkomsten en verbintenissen uit eenzijdige rechtshandelingen omstandigheden kunnen voordoen die tot een gekwalificeerde benadeling leiden.¹²²⁹ Een herformulering van deze voorwaarde tot het bestaan van een manifest nadeel zou aan dat bezwaar tegemoet komen.¹²³⁰

409. *Manifest karakter bekritiseerd* – Ter bescherming van de rechtszekerheid wordt aangenomen dat de benadeling een zekere ernst moet vertonen.¹²³¹ Een minderheid van de doctrine neemt echter aan dat een loutere wanverhouding tussen de hoofdprestaties voldoende is voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling.¹²³² Zo pleit ook RAUWS voor een evolutie van de Belgische rechtspraak en rechtsleer in de richting van de Nederlandse oplossing, in die zin dat het vereiste van een aanzienlijke wanverhouding tussen de hoofdprestaties afgezwakt wordt tot een eenvoudige wanverhouding.¹²³³ Deze zienswijze lijkt (impliciet) bevestigd te zijn door het arrest van het Hof van Cassatie van 29 april 1993. In dat arrest bevestigde het Hof van Cassatie op impliciete wijze de voorwaarden van de gekwalificeerde benadeling. Het Hof lijkt er genoeg te nemen met het bestaan van een zeker onevenwicht tussen de wederzijdse prestaties van partijen (*“l’existence d’un déséquilibre certain entre les prestations réciproques”*).¹²³⁴

2. Misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit

a. Omstandigheden van inferioriteit of superioriteit

410. *Niet-limitatieve opsomming* – Opdat er sprake kan zijn van gekwalificeerde benadeling, is vereist dat een contractpartij zich in een inferieure of superieure positie bevindt ten aanzien van de medecontractant. Aangenomen wordt dat deze omstandigheden van inferioriteit of superioriteit moeten worden afgeleid uit de concrete feiten.¹²³⁵ Terecht wordt aangenomen dat geen limitatieve opsomming kan worden gegeven van deze omstandigheden.¹²³⁶ De meeste auteurs beperken zich tot

¹²²⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 70. In dezelfde zin, C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 196. Zie voorheen reeds bij DE PAGE die de gekwalificeerde benadeling alvast toepast bij eenzijdige overeenkomsten (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 113). *Infra*, nrs. 685 e.v.

¹²³⁰ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 72. Zie tevens C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 196. DE BONDT lijkt zich hierbij aan te sluiten wanneer hij stelt dat gewone schade in bepaalde gevallen al voldoende is voor de gekwalificeerde benadeling, met name indien de inferieure positie en het misbruik ervan bijzonder scherp aanwezig zijn. In dat geval zou de rechter genoeg kunnen nemen met een nadeel in plaats van een benadeling (DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 141). Deze visie werd bekritiseerd door PHILIPPE, die benadrukt dat het onevenwicht tussen de prestaties een essentieel element is voor de benadeling. Genoegen nemen met gewone schade is volgens deze auteur een te ruime invulling voor de gekwalificeerde benadeling (D. PHILIPPE, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *JT* 1988, (346) 346). Zie ook *infra*, nr. 690.

¹²³¹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 74; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 753.

¹²³² Zie weergave bij TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 548.

¹²³³ W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, 1987, 234. Voor de invulling van dit vereiste in het Nederlandse recht, zie *infra*, nrs. 461-464.

¹²³⁴ Cass. 29 april 1993, *JT* 1994, 294. *Supra*, nr. 376 en *infra*, nr. 683.

¹²³⁵ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73.

¹²³⁶ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 198; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 86-88.

het geven van een aantal voorbeelden van omstandigheden die voor misbruik vastbaar zijn.¹²³⁷ Hierbij wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen (i) *persoonlijke* omstandigheden van inferioriteit, bijvoorbeeld de fysieke, morele of financiële noodtoestand, de onwetendheid of onervarenheid van de benadeelde contractpartij, en (ii) omstandigheden van *economische of functionele* inferioriteit of superioriteit, bekeken vanuit het standpunt van de misbruikplegende partij die zich bijvoorbeeld in een monopoliepositie of een positie van bovengeschiktheid bevindt.¹²³⁸

411. *Indeling van omstandigheden* – Een eerste poging tot systematisering en indeling van deze omstandigheden is terug te vinden bij DE PAGE. In zijn voorstel tot wetsontwerp onderscheidt hij de volgende hypothesen: (i) *l'état de besoin* en *l'état de nécessité*, waarbij het eerste begrip verwijst naar een *psychologische noodtoestand*, terwijl het tweede begrip eerder wijst op een *daadwerkelijk gevaar*, (ii) een onwetendheid of onervarenheid te wijten aan de sociale toestand¹²³⁹, (iii) speculatie op onoplettendheid of lichtzinnigheid door middel van verraderlijke, arglistige clausules¹²⁴⁰ en (iv) in geval van lening op interest, misbruik van zwakheden of passies van de ontleners.¹²⁴¹

Aan DE BONDT komt de verdienste toe om de omstandigheden van inferioriteit op omstandige wijze te hebben geanalyseerd en gesystematiseerd, hierbij vertrekkend vanuit de classificaties van respectievelijk DE BERSAQUES en VAN GERVEN.¹²⁴² DE BONDT deelt deze niet-limitatieve omstandigheden in vijf groepen in, met name (i) persoonlijke omstandigheden van inferioriteit (bv. onwetendheid, hartstocht, ...), (ii) bijzondere verhouding tussen twee partijen (bv. verhouding advocaat-cliënt, moeder-zoon, ...), (iii) sociaal-economische omstandigheden (bv. monopoliepositie, benarde financiële toestand, ...), (iv) noodtoestand en (v) een juridisch zwakke positie.¹²⁴³ CORNELIS merkt terecht op dat aan deze indeling geen rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Dat vloeit enerzijds voort uit het feit dat de verschillende categorieën interageren. Anderzijds bezitten de verschillende categorieën ook een gemeenschappelijk kenmerk, met name de feitelijke ondergeschiktheid van een rechtssubject te wijten aan persoonlijke kenmerken en/of feitelijke omstandigheden allerhande.¹²⁴⁴

Recenter maakt VAN GERVEN een tweedeling tussen persoonlijke omstandigheden van inferioriteit (bv. fysieke, morele of financiële noodtoestand) en omstandigheden van economische of

¹²³⁷ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 65; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 425.

¹²³⁸ J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1514; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126. Door het Hof van Cassatie werd in een arrest van 2 mei 1969 benadrukt dat uit de omstandigheid dat een partij een *economisch zwakke* is niet kan worden besloten dat haar toestemming ten gevolge van dwaling, geweld of bedrog verkregen werd en dat derhalve deze toestemming niet geldig was. Tevens benadrukte het Hof er dat uit geen enkele wetsbepaling kan worden afgeleid dat de toestemming in een overeenkomst gegeven door een zogenaamd *economisch zwakke* steeds ongeldig is (Cass. 2 mei 1969, *Arr. Cass.* 1969, 834). Zie ook *supra*, nr. 398.

¹²³⁹ DE PAGE inspireerde zich hier op buitenlandse rechtsstelsels, doch wilde geen vrijgeleide geven voor lichtzinnig optreden van de contractpartijen. Derhalve opteerde deze auteur voor de toevoeging van een *objectieve* oorzaak van de onwetendheid of onervarenheid via de verwijzing naar de sociale toestand. Zie DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 114.

¹²⁴⁰ Ook hier wilde DE PAGE niet zomaar lichtzinnigheid of onoplettendheid aanvaarden. Het vereiste van arglistige clausules zorgt ook hier voor een objectivering. Zie DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 114-115.

¹²⁴¹ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 114-115.

¹²⁴² Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 65, met verwijzing naar A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 197 en VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 354.

¹²⁴³ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 102-103. Zie tevens weergave bij C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 200; D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisie”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1496; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 545-547.

¹²⁴⁴ L. CORNELIS, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *RW* 1988-1989, (1381) 1381. Zie tevens C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 198.

functionele superioriteit (bv. monopoliesituatie of functie van bovengeschiedheid).¹²⁴⁵ Een andere indeling wordt gehanteerd door FONTAINE, die spreekt over *faiblesse inhérente* en *faiblesse relative*. Met de *eerste notie* verwijst hij naar de zwakheid van de contractant wiens mentale toestand op zichzelf of wiens kennis van de contractinhoud, onvoldoende is om een heldere blik te werpen op de draagwijdte van de respectievelijke engagementen. Met de *tweede notie* wordt verwezen naar de toestand waarin de contractpartij zich bewust is van het engagement dat hij neemt, maar waar hij de voorwaarden moet aanvaarden omdat hij geen andere keuze heeft. Dat kan zijn omwille van de economische macht van de tegenpartij (monopolie, beperking van de concurrentie, ...), maar ook omdat hij zelf in noodtoestand zit die hem kwetsbaar maakt (nood aan werk, ...).¹²⁴⁶

412. *Omstandigheden van superioriteit* – De meeste auteurs belichten verschillende omstandigheden van inferioriteit, terwijl relatief weinig aandacht wordt besteed aan de omstandigheden van superioriteit.¹²⁴⁷ DE PAGE vestigde in zijn studie omtrent de gekwalificeerde benadeling wel de aandacht op de monopoliesituatie in het kader van toetredingscontracten en bracht deze situatie tevens onder het toepassingsgebied van de gekwalificeerde benadeling.¹²⁴⁸ Ook DE BERSAQUES bracht de omstandigheden van superioriteit onder de aandacht: “*Il n’est certes pas moins répréhensible d’abuser d’une supériorité de fait qu’on possède sur le prochain pour lui imposer des clauses léonines. Pareille exploitation d’autrui appelle également la répression.*”¹²⁴⁹ VAN GERVEN ziet geen bezwaar tegen het aanvaarden van een machtspositie als bijzondere omstandigheid, die – in geval van misbruik en ernstige wanverhouding tussen de contractuele prestaties – kan leiden tot de vaststelling van gekwalificeerde benadeling.¹²⁵⁰

b. Misbruikvereiste

413. *Algemeen* – De ernstige benadeling in hoofde van één van de contractpartijen wordt veroorzaakt door het misbruik dat de andere contractpartij maakte van de concrete omstandigheden van inferioriteit of superioriteit.¹²⁵¹ Het misbruikvereiste moet in ieder geval duidelijk onderscheiden worden van het vereiste van een ernstige benadeling en vloeit er niet automatisch uit voort.¹²⁵² Een manifeste benadeling kan immers aanwezig zijn, zonder dat dit door een misbruik van omstandigheden veroorzaakt werd.¹²⁵³ Anderzijds kan het misbruik van een ondergeschikte positie tevens tot een benadeling leiden, zonder dat dit noodzakelijk een ernstige benadeling betreft.¹²⁵⁴

¹²⁴⁵ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 126.

¹²⁴⁶ M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (614) 616. In dezelfde zin, zie de Franse auteur J. ROCHFELD, “Du statut du droit contractuel ‘de protection de la partie faible’ : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme”, in X. (ed.), *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, (835) 840-841.

¹²⁴⁷ Zie in die zin tevens W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2488.

¹²⁴⁸ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 124-125. In andere zin: P. DE BEUS, *Overzicht van het burgerlijk recht. Wetgeving, rechtsleer en rechtspraak*, 1969, 755. Overeenkomstig deze auteur heeft de economisch sterkere partij bij de totstandkoming van een toetredingscontract wel een grote invloed op diens medecontractant, doch dient de rechter dit toetredingscontract vanuit het oogpunt van de bindende kracht van de overeenkomst te beschouwen als een vrij tot stand gekomen overeenkomst. Enkel de wetgever zou in dit verband tegen een mogelijk misbruik van de economisch sterkere partij kunnen opkomen.

¹²⁴⁹ A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 198.

¹²⁵⁰ W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2488.

¹²⁵¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91.

¹²⁵² Brussel 25 februari 2002, *RW* 2005-2006, 503.

¹²⁵³ Zie bv. Bergen 4 mei 1982, *Pas.* 1982, II, 71 (impliciet); Rb. Brugge 9 mei 1990, *RW* 1992-1993, 724; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73.

¹²⁵⁴ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73.

Evenwel kan men uit de loutere aanwezigheid van een (manifeste) benadeling, volgens sommige rechtspraak, soms een feitelijk vermoeden van misbruik afleiden.¹²⁵⁵

414. *Concrete invulling* – Over de concrete invulling van het misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling bestaan verschillende opvattingen.¹²⁵⁶

Een eerste minderheidstrekking stelt het misbruik afhankelijk van een *actief* gebruik van de inferioriteit – in de vorm van een nalaten (bv. het achterhouden van informatie) of een handelen – met het opzet de inferioriteit van de medecontractant te benutten door het aanwenden van dwang, arglist of het gebruik van oneerlijke middelen.¹²⁵⁷ Deze invulling van het misbruikvereiste leidt tot een zeer moeilijke aflijning ten aanzien van het wilsgebrek bedrog.¹²⁵⁸

Een tweede trekking neemt genoegen met het *passief* gebruik van de inferioriteit. Als noodzakelijke, maar tevens voldoende voorwaarde wordt in dit verband veelal de daadwerkelijke kennis in hoofde van de bevoordeelde partij van de inferieure positie van de medecontractant, van de benadeling alsmede van het oorzakelijk verband tussen beiden vooropgesteld.¹²⁵⁹

DE BONDT houdt het midden tussen beide stellingen en hanteert een *open criterium* voor de toetsing van het misbruikvereiste. Misbruikt, volgens deze auteur, zijn superieure positie, hij die op zijn machtspositie berust op een wijze waarop, kennelijk, een redelijk contractant, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de superieure, zijn machtspositie niet zou misbruiken. Voor het al dan niet vervuld zijn van het misbruikvereiste, kunnen volgens deze auteur de andere toepassingsvoorwaarden (met name de omstandigheden van inferioriteit en de omvang van de benadeling) mee bepalend zijn.¹²⁶⁰

Eén enkele auteur houdt voor dat het misbruik zich situeert in het feit dat de sterkste contractpartij de controle over de wilsuiting van de zwakste contractpartij heeft bekomen. De wilsvrijheid van de zwakke contractpartij is dermate aangetast, dat de sterke contractpartij ermee kan omgaan en handelen alsof het om zijn eigen wilsvrijheid zou gaan. Daarin zou het misbruik van de ondergeschikte positie liggen.¹²⁶¹

¹²⁵⁵ Gent 8 juni 1928, *Pas.* 1928, II, 187; Kh. Brussel 16 april 1974, *JCB* 1974, 229; Rb. Namen 24 april 1939, *Pas.* 1940, III, 12; Kh. Brussel 11 oktober 1935, *JCB* 1938, 239. Zie C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 204; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 548, en de referenties aldaar.

¹²⁵⁶ Voor een overzicht, zie o.m. D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisie”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1496; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 257-258; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 547.

¹²⁵⁷ In die zin bv. Rb. Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 792; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964) Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 135.

¹²⁵⁸ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 201.

¹²⁵⁹ Zie in deze zin op impliciete wijze Cass. 29 april 1993, *JT* 1994, 294; Luik 28 oktober 2005, *TBBR* 2006, 398; Luik 17 oktober 1996, *JT* 1997, 569; Vred. Zinnik 17 mei 1989, *T. Vred.* 1991, 42. Zie ook DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 76-77 (“Elle [L’exploitation] n’implique pas des manoeuvres ou une pression quelconque; elle ne suppose pas le dol. Il suffit que la partie bénéficiaire du contrat ait consciemment profité de la situation qui s’offrait à elle pour contracter dans des conditions anormalement favorables, qu’en connaissance de cause, elle ait accepté le contrat lésionnaire, pour que l’invalidation soit possible. ... Le simple fait d’avoir contracté consciemment, c’est-à-dire en connaissance de la situation défavorable de l’autre partie, d’en avoir ‘profité’, suffit donc à caractériser ‘l’exploitation’ d’autrui”); N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 754. Zie tevens C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 201 en C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 26-27.

¹²⁶⁰ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 115 e.v. en 123-124

¹²⁶¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 73. Zie ook overzicht bij C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 202.

3. Determinerend karakter van het misbruik

415. *Ruime invulling* – Het misbruik moet ook een determinerend karakter vertonen. Dat houdt in dat tussen het misbruik en de benadeling een oorzakelijk verband moet bestaan. Er moet worden aangetoond dat er zonder misbruik geen benadeling zou zijn geweest, in die zin dat de benadeelde partij in dat geval geen overeenkomst zou hebben gesloten dan wel de overeenkomst tegen minder nadelige voorwaarden zou hebben gesloten.¹²⁶² In tegenstelling tot de klassieke wilsgebreken wordt bij de gekwalificeerde benadeling derhalve geen onderscheid gemaakt tussen *hoofdzakelijke* en *incidentele* gekwalificeerde benadeling.¹²⁶³ Het misbruik moet derhalve de benadeling veroorzaakt hebben.¹²⁶⁴ De rechter moet dan ook vaststellen dat de manifeste benadeling niet zou zijn veroorzaakt, indien er geen misbruik van de inferieure omstandigheden zou zijn gemaakt.

4. Vereiste van de afwezigheid van een fout in hoofde van het slachtoffer?

416. *Algemeen* – In de doctrine werd de vraag opgeworpen of de afwezigheid van een fout in hoofde van het slachtoffer een vierde voorwaarde uitmaakt voor de inroepbaarheid van de gekwalificeerde benadeling.¹²⁶⁵

417. *Verscheidene opvattingen* – Doorgaans wordt de afwezigheid van een fout in hoofde van de benadeelde partij niet als voorwaarde voor de gekwalificeerde benadeling vooropgesteld.¹²⁶⁶

DE BERSAQUES onderwerpt de toepassing van de gekwalificeerde benadeling daarentegen wel aan de voorwaarde dat de wanverhouding tussen de hoofdprestaties niet te wijten is aan de onverschoonbare lichtzinnigheid van de benadeelde partij. Zelfs al zou de fout in hoofde van de benadeelde partij verschoonbaar zijn, toch kan deze volgens DE BERSAQUES een dermate grote ernst vertonen dat de rechter kan oordelen dat de benadeling te wijten is aan een fout van beide partijen en dat er derhalve slechts aanleiding is om slechts een gedeeltelijk herstel toe te kennen aan de benadeelde contractpartij.¹²⁶⁷ In een arrest van het hof van beroep te Luik werd geoordeeld dat de toerekenbare fout in hoofde van het slachtoffer ertoe leidt dat geen bijkomende schadevergoeding kan worden gevorderd, naast de nietigheid wegens gekwalificeerde benadeling.¹²⁶⁸

DE BONDT heeft in dit verband benadrukt dat zich in de praktijk slechts één relevante situatie voordoet, met name deze waar de fout van de misbruikplegende partij opzettelijk is terwijl deze van het slachtoffer onopzettelijk is.¹²⁶⁹ Deze auteur verdedigt de stelling dat de partij die een opzettelijke

¹²⁶² Zie o.m. E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 538; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 27; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 394-395; N. RESIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524-525; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 241.

¹²⁶³ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 91.

¹²⁶⁴ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 27.

¹²⁶⁵ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 27.

¹²⁶⁶ J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1513. Zie tevens weergave bij C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 203.

¹²⁶⁷ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 36. Zie tevens A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 517; A. DE BERSAQUES, “La culpa in contrahendo”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 285-286; A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, 518; A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes moeurs et la sanction y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 198; A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 199.

¹²⁶⁸ Luik 28 oktober 2005, *TBBR* 2006, 398.

¹²⁶⁹ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 185. *Infra*, nrs. 727-730.

fout begaat (de misbruikplegende partij) zich niet kan beroepen op de niet-opzettelijke fout van de andere partij (het slachtoffer).¹²⁷⁰ Andere auteurs verzetten zich hiertegen.¹²⁷¹ Ter ondersteuning van zijn stelling verwijst DE BONDT naar een cassatiearrest van 23 september 1977 met betrekking tot het wilsgebrek bedrog. Het Hof overweegt in dit arrest dat “wanneer, blijkens de soevereine vaststellingen van de rechter, het bedrog tot de toestemming heeft geleid, de onvoorzichtigheid of zelfs de grove en onverschoonbare nalatigheid van het slachtoffer van het bedrog door de medecontractant niet kan worden ingeroepen; dat bedoelde onvoorzichtigheid of nalatigheid niet tot gevolg heeft dat het bedrog op zijn beurt verschoond zou worden en geen aanleiding zou kunnen geven tot vernietiging van de overeenkomst of tot schadevergoeding.”¹²⁷² De visie van DE BONDT werd inmiddels bevestigd door een cassatiearrest van 6 november 2002, waarin geoordeeld werd dat het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* uitsluit dat de dader van een opzettelijk misdrijf, dat zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang brengt, aanspraak kan maken op een vermindering van de aan de getroffen verschuldigde vergoedingen, wegens de onvoorzichtigheden of nalatigheden die deze zou hebben begaan.¹²⁷³

D. Grondslag en sanctionering

1. Grondslag

418. *Onzekerheid over de grondslag* – Door de afwezigheid van een wetsbepaling is in de Belgische doctrine veel inkt gevloeid over de grondslag van de gekwalificeerde benadeling. De onzekerheid over de grondslag van deze rechtsfiguur brengt tegelijk onduidelijkheid met zich mee over de precieze toepassingsvoorwaarden en de sanctionering ervan.¹²⁷⁴ Een partij die zich voor de rechter beroept op de gekwalificeerde benadeling, dient – naast de bewijslevering van de toepassingsvoorwaarden – ook de grondslag van deze rechtsfiguur aan te wijzen.¹²⁷⁵

De grondslag die door rechtspraak en rechtsleer werd aangereikt, heeft in de loop van de 20^e eeuw een duidelijke evolutie ondergaan.¹²⁷⁶ Zo werd achtereenvolgens een beroep gedaan op de artikelen 1131 en 1133 B.W. inzake de ongeoorloofde oorzaak, artikel 1382 B.W. inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid en de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik. Bepaalde auteurs stellen tot slot dat het slachtoffer van een gekwalificeerde benadeling zich ook kan beroepen op het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*. We overlopen hierna kort deze aangereikte grondslagen. Later gaan we diepgaand in op de grondslag van de gekwalificeerde benadeling.¹²⁷⁷

419. *Theorie van de ongeoorloofde oorzaak (artikelen 1131-1133 B.W.)* – In de beginjaren van de ontwikkeling van de gekwalificeerde benadeling werd (de theorie van) de ongeoorloofde oorzaak,

¹²⁷⁰ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 188-189.

¹²⁷¹ L. CORNELIS, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *RW* 1988-1989, (1381) 1383; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 28.

¹²⁷² Cass. 23 september 1977, *Arr. Cass.* 1978, 107, conclusie Adv.-Gen. KRINGS, *Pas.* 1978, 100, *RCJB* 1980, 31, noot J. MATTHIJS, aangehaald door DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 190-191. Zie in dit verband ook W. DE BONDT, “De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling”, *TPR* 1986, 1183-1224.

¹²⁷³ Cass. 6 november 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2383, *Pas.* 2002, 2103, concl. adv.-gen. J. SPREUTELS, *JT* 2003, 579, noot J. KIRKPATRICK, *RCJB* 2004, 267, noot F. GLANSDORFF, *RW* 2002-2003, 1629, noot B. WEYTS, *T. Verz.* 2003, 815, noot P. GRAULUS, *Infra*, nr. 723.

¹²⁷⁴ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92.

¹²⁷⁵ Bergen 14 februari 2000, *JDSC* 2002, 74.

¹²⁷⁶ D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisieel”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1495.

¹²⁷⁷ *Infra*, nrs. 485-648.

gebaseerd op de artikelen 1131 en 1133 B.W., als grondslag aangewezen, zowel door de rechtspraak¹²⁷⁸ als door de rechtsleer.¹²⁷⁹ Een overeenkomst waarbij een contractpartij misbruik maakt van de inferieure positie van zijn medecontractant om voor zichzelf een buitensporig voordeel te bedingen, werd strijdig geacht met de goede zeden. Het doel van dergelijke overeenkomst zou ongeoorloofd zijn.¹²⁸⁰ Naar hedendaags recht zou men eerder stellen dat de subjectieve oorzaak, d.i. de determinerende beweegreden van de bevoordeelde partij, ongeoorloofd is. Ook het Hof van Cassatie leek – zij het op impliciete wijze – de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling te beschouwen.¹²⁸¹

Deze traditionele opvatting werd reeds in de jaren '60 bekritiseerd in de doctrine en stilaan verlaten.¹²⁸² Deze evolutie vond evenwel geen weerklank in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In het cassatiearrest van 29 april 1993 inzake de gekwalificeerde benadeling wordt geen uitspraak gedaan omtrent de grondslag.¹²⁸³ De lagere rechtspraak viel – in navolging van het Hof van Cassatie – dan ook nog tot eind jaren '70 - begin jaren '80 terug op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag.¹²⁸⁴

420. *Theorie van de culpa in contrahendo (artikel 1382 B.W.)* – Een deel van de rechtspraak¹²⁸⁵ en de rechtsleer¹²⁸⁶ ging de gekwalificeerde benadeling vervolgens beschouwen als een toepassing van

¹²⁷⁸ Gent 19 maart 1999, *TBBR* 2000, 315; Brussel 26 november 1980, *BRH* 1982, 162; (impliciet op basis van toetsing aan de goede zeden) Antwerpen 21 september 1977, *RW* 1977-78, 1954, noot L. SWENNEN; Brussel 28 januari 1963, *Pas.* 1964, II, 233 (impliciet); Brussel 1 april 1952, *JT* 1952, 399, noot J. VAN UYTVANCK, bekritiseerd door J. LIMPENS, "Examen de jurisprudence (1949 à 1952)", *RCJB* 1953, (48) 54; Luik 7 mei 1940, *RGAR* 1940, nr. 3302; Kh. Brussel 24 juli 1975, *BRH* 1976, 220; Kh. Brussel 16 april 1974, *BRH* 1974, 229; Rb. Brussel 17 maart 1951, *JT* 1952, 55; Rb. Brussel 6 juli 1939, *Pas.* 1949, III, 39; Rb. Namen 24 april 1939, *Pas.* 1940, III, 12; Kh. Brussel 11 oktober 1935, *BRH* 1938, 239; Vred. Antwerpen 5 november 1986, *RW* 1987-88, 1446.

¹²⁷⁹ A. DE BERSAQUES, "Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?", (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 197; "Mais lorsqu'une partie n'a contracté qu'en vue de réaliser un profit excessif en abusant de l'ignorance, de l'inexpérience ou du besoin d'autrui, son obligation est nulle, en vertu des articles 1131 et 1133 du Code civil, parce qu'elle a une cause immorale"; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 425. Zie tevens overzicht bij A. DE BERSAQUES, "La notion de bonnes moeurs et la sanction y contrevenant", (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 188 e.v.

¹²⁸⁰ Zie in dit verband A. DE BERSAQUES, "L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 499; "... pour examiner la licéité de l'obligation née d'un contrat synallagmatique, il ne suffit pas de rechercher quel a été le but immédiat de celui qui l'a souscrite, but qui se trouve dans la prestation stipulée à son profit. Il faut, en outre, contrôler le but médiate, la fin qu'il entend réaliser au moyen et par-delà cette prestation." Voor Frankrijk, zie G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, 126: "Si on arrive alors en dernière analyse à se demander dans quelle mesure il est interdit à un contractant de se servir de l'avantage naturel que lui donne sa situation pour conclure une affaire avantageuse, il est impossible de trouver d'autre réponse que celle-ci: il est contraire à la morale qui enseigne de traiter les hommes en frères, de se livrer à l'odieuse exploitation du prochain".

¹²⁸¹ Cass. 25 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 343, *Pas.* 1978, I, 328. Zie tevens E. DIRIX, "La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition", (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 540-541; K. KRUTHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-1986, (2731) 2748; W. VAN GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *RW* 1979-1980, (2467) 2485.

¹²⁸² CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 74; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92.

¹²⁸³ *Supra*, nr. 376.

¹²⁸⁴ J.-F. ROMAIN, "Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (43) 104. *Supra*, nrs. 332 e.v.

¹²⁸⁵ Antwerpen 21 januari 1986, *RW* 1986-87, 1488, noot D. DELI; Rb. Brussel 17 maart 1995, *TBBR* 1995, 507; Kh. Brugge 7 januari 1994, *AJT* 1994-95, 143; Arbrb. Brussel 26 september 1988, *RW* 1988-89, 994; Kh. Brussel 20 februari 1970, *RCJB* 1970, 5.

¹²⁸⁶ Zie B. CATTOIR, "De dading na schadegeval en het recht van het slachtoffer op bijkomende schadevergoeding", (noot onder Antwerpen 7 februari 1995), *AJT* 1995, (327) 329; A. DE BERSAQUES, "La lésion qualifiée et sa sanction", (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 27 e.v.; A. DE BERSAQUES, "L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 503 e.v.; P.-H. DELVAUX, "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (73) 84; E. DIRIX, "La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d'une tradition", (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 539 e.v.; E. DIRIX, "De kwijting 'voor saldo van rekening'", (noot onder

de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op artikel 1382 B.W.¹²⁸⁷ Geoordeeld wordt dat het misbruik van de inferieure positie van de medecontractant een schending uitmaakt van de algemene zorgvuldigheidsplicht, zoals neergelegd in artikel 1382 B.W., die ook de fase van de totstandkoming van een overeenkomst beheerst.¹²⁸⁸ Ter ondersteuning van deze visie wordt ook gewezen op de grote gelijkenis die bestaat tussen de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling en deze van de *culpa in contrahendo*.¹²⁸⁹

421. *Theorie inzake rechtsmisbruik* – Bovenstaande aangereikte grondslag van artikel 1382 B.W. wordt door sommige auteurs verder geëxpliciteerd als een toepassing van de theorie die rechtsmisbruik verbiedt. De gekwalificeerde benadeling zou in het bijzonder een misbruik uitmaken van het recht (of van de vrijheid) om vrij te contracteren.¹²⁹⁰ De grote voortrekker van deze visie is DE

Arbrb. Brussel 12 maart 1981), *RW* 1981-1982, (190) 200; C. GOUX, "L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons", *TBBR* 2000, (6) 38; J. LIMPENS en R. KRUTHOF, "Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations", *RCJB* 1969, (187) 192; R. KRUTHOF, "Overzicht van rechtspraak (1974-1980)", *TPR* 1983, (495) 567; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, "Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen", *TPR* 1975, (439) 479-480; J.F. ROMAIN, "Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations", *JT* 1993, (749) 752; A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1977-1978)", *RW* 1979-1980, (154) 168; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1976-1977)", *RW* 1977-1978, (2290) 2294-2295; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation du contrat", *Ann. Fac. Dr. Lg.* 1980, (17) 74; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 241.

¹²⁸⁷ Voor een schets van deze evolutie, zie C. GOUX, "L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons", *TBBR* 2000, (6) 36.

¹²⁸⁸ Zie in dit verband A. DE BERSAQUES, "L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 503 e.v.; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 77-78: "Analysons à présent d'un peu plus près la faute du cocontractant qui conditionne l'invalidation pour lésion, (...): l'exploitation de la situation défavorable dans laquelle se trouve autrui. (...) Il suffit que consciemment, l'autre partie ait accepté de traiter, alors qu'elle savait qu'en raison des circonstances (...), le contrat devait être dans une proportion choquante, défavorable à celui qui le souscrivait. Telle est la faute, la culpa in contrahendo de type nouveau qui, tout en même temps, rendra la lésion acceptable comme théorie générale des contrats." en DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 111: "Le fondement de l'invalidation de la clause est la faute commise par le bénéficiaire du contrat, faute consistant à manquer aux règles de loyauté qui doivent présider à la conclusion d'une convention, en profitant de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve l'une des parties pour obtenir un contrat par trop favorable qui, normalement, n'eût pas pu être espéré."

¹²⁸⁹ Zie o.m. CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75; J.-F. ROMAIN, "Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (43) 105; J.-F. ROMAIN, "Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations", *JT* 1993, (749) 752. Zie ook *infra*, nr. 584.

¹²⁹⁰ Rb. Brussel 17 maart 1995, *TBBR* 1995, 507; DE BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, 518-519; DE BONDY, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 158 e.v.; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1948, 22; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, "Overzicht van rechtspraak (1961-1964)", *TPR* 1966, (67) 135. Zie ook overzicht bij A. DE BERSAQUES, "L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion", in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 508-509. Vergelijk met A. DE BERSAQUES, "La lésion qualifiée et sa sanction", (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 28 en 35 ("Si l'on tente de préciser la faute précontractuelle, la culpa in contrahendo, commise par l'auteur de la lésion qualifiée, on peut y voir soit un manquement à la bonne foi, qui doit présider à la formation du contrat, soit un abus de droit de contracter librement, soit une atteinte à la légitime confiance du cocontractant. Mais ces deux dernières fautes ne se confondent avec la première. En effet, puisque la bonne foi suppose une conduite honnête, sincère et loyale, on ne peut tenir pour tel le comportement de celui qui abuse de son droit de contracter librement ou qui trompe délibérément la confiance légitime que son partenaire lui accorde."). Sommige auteurs lijken zich in dezelfde richting te begeven door de gekwalificeerde benadeling te beschouwen als een misbruik van contractvrijheid, doch stellen dit o.i. evenwel niet uitdrukkelijk gelijk aan de theorie inzake rechtsmisbruik. Zie bv. E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten", in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 60; W. VAN GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *RW* 1979-1980, (2467) 2489, die stelt dat misbruik van recht en misbruik van contractvrijheid berusten op dezelfde grondslag van art. 1382 B.W. DE BONDY lijkt deze auteurs echter zonder enige nuancering onder de aanhangers van de theorie inzake rechtsmisbruik als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling te plaatsen (DE BONDY, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 68). Zie tot slot ook VAN GERVEN die anno 2006 spreekt over een verkeerd gebruik of verkeerde aanwending van de contractvrijheid, te onderscheiden van misbruik van recht. Zie VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76-77 en 125. Voor Frankrijk: E. DEMONTES, "Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats", in X. (ed.), *Etudes de droit civil à la mémoire de Capitant*, 1937, (171) 179, die spreekt over 'l'abus de faculté de contracter'. Meer hierover, zie *infra*, nrs. 588-605.

BONDT, die deze grondslag verdedigde in zijn proefschrift “De leer der gekwalificeerde benadeling” (1985).

422. *Fraus omnia corrumpit* – CORNELIS brengt de gekwalificeerde benadeling ook in verband met het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*. Artikel 1382 B.W. laat de rechter immers niet toe om de rechtsgeldigheid van de overeenkomst te beoordelen. De berokkende schade kan wel vergoed worden op grond van de precontractuele aansprakelijkheid. Daarnaast zou de vordering tot het uitvoeren van de rechtshandeling volgens deze auteur stuiten op het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*.¹²⁹¹ ROMAIN beschouwt de gekwalificeerde benadeling als een toepassing van het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw. Derhalve kan de gekwalificeerde benadeling volgens deze auteur beschouwd worden als een toepassing zowel van de buitencontractuele aansprakelijkheid, bij toepassing van artikel 1382 B.W. als van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*.¹²⁹²

2. Sanctionering

423. *Onzekerheid over de sanctionering* – De onenigheid over de grondslag van de gekwalificeerde benadeling leidt automatisch tot onzekerheid omtrent de sanctionering ervan.¹²⁹³ De theorie van de ongeoorloofde oorzaak brengt in beginsel de (absolute) nietigheid van de overeenkomst met zich mee, al wordt gepleit voor een modulering van deze sanctie onder de vorm van een partiële nietigheid.¹²⁹⁴

Wordt de gekwalificeerde benadeling beschouwd als een toepassing van de *culpa in contrahendo*-leer, dan heeft de benadeelde recht op het volledige herstel van de door hem geleden schade. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie dient de schadevergoeding bij onrechtmatige daad in beginsel *in natura* te geschieden.¹²⁹⁵ Het herstel *in natura* van de schade kan bestaan uit de vernietiging van het contract¹²⁹⁶ of uit de matiging van de overdreven verbintenis¹²⁹⁷. De meeste auteurs lijken voorstander te zijn van een matiging van de buitensporige prestaties in plaats van een vernietiging.¹²⁹⁸ VAN GERVEN lijkt de grondslag zelfs te laten afhangen van de meest efficiënte

¹²⁹¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75-76. Zie tevens ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 352 e.v.

¹²⁹² ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 349 e.v.

¹²⁹³ S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 166.

¹²⁹⁴ Zie C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 204-205; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 166-167.

¹²⁹⁵ Cass. 26 juni 1980, Arr. Cass. 1979-80, 1365, noot en RW 1980-81, 1661, noot; Cass. 12 september 1958, Pas. 1959, I, 45 (waar het recht om herstelling *in natura* te eisen erkend werd, indien deze mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt). Zie tevens A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 30; De Boeck, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 217;

¹²⁹⁶ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 205; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75; N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 525; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 167; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92. Zie tevens DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 112.

¹²⁹⁷ C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 205; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 31; N. RÉSIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 525; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 167; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 92. Zie tevens DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 112.

¹²⁹⁸ Zie bv. KLUYSKENS, *Beginselen*, 1938, 44. Zie tevens A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 200. Op het ogenblik dat deze auteur de theorie van de ongeoorloofde oorzaak nog als grondslag van de gekwalificeerde benadeling aannam, ging zijn voorkeur reeds uit naar de matiging boven de vernietiging. Zie ook S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 148 en 167-168.

sanctioneringsmogelijkheid.¹²⁹⁹ De sanctie bij toepassing van de leer inzake het verbod op rechtsmisbruik bestaat in het bijzonder uit de herleiding van het recht tot zijn normaal gebruik of tot het herstel van de schade dat door het misbruik veroorzaakt werd.¹³⁰⁰

Bij toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* bij gekwalificeerde benadeling, bestaat de sanctie uit de niet-tegenwerpelijke van de vordering tot uitvoering van de overeenkomst.¹³⁰¹

§2. Stand van zaken in andere rechtsstelsels

424. *Inleiding* – Alvorens dieper in te gaan op de grondslag van de gekwalificeerde benadeling, achten we het nuttig een blik te werpen op de wijze waarop deze problematiek in buitenlandse rechtsstelsels is geregeld. We bespreken achtereenvolgens het Franse, Nederlandse en Duitse recht. Daarna komen nog enkele relevante bepalingen uit de PECL en de UNIDROIT-principles aan bod.

A. Het Franse recht

425. *Overzicht* – Na een korte historische schets staan we vooreerst stil bij de klassieke invulling die aan het wilsgebrek geweld wordt gegeven. Vervolgens belichten we hoe dit wilsgebrek geleidelijk werd ingeschakeld ter sanctionering van het misbruik van een economische afhankelijkheidspositie. Tot slot gaan we na hoe deze materie aangepakt wordt in het *Avant-Projet de réforme*.

1. De lege lata

a. Afwezigheid van een wettelijke bepaling

426. *Historische achtergrond* – Op heden is in het Franse recht geen bepaling opgenomen die een rechterlijke tussenkomst toelaat in geval van misbruik van een inferieure of superieure positie door één van de contractpartijen bij de totstandkoming van de overeenkomst. Nochtans werden daartoe in de loop van de 20^e eeuw wel wetsvoorstellen ingediend.

427. *Wetsvoorstel GUIBAL en DUPIN* – In 1920 werd door GUIBAL en DUPIN een wetsvoorstel ingediend, geïnspireerd op het Duitse §138 BGB.¹³⁰² De tekst luidde als volgt: “*La lésion est une cause de rescision des conventions si la disproportion des obligations qui en résultent est énorme et a été déterminée par l’exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l’inexpérience du lésé. L’usage, même courant, ne justifie point la disproportion des obligations, si cet usage consacre une exploitation. Le contrat pourra être maintenu si le lésé obtient une réduction de ses obligations ou une augmentation des obligations de l’autre partie. Le délai pour obtenir la rescision sera de cinq ans à dater de la conclusion du contrat.*” In de Memorie van Toelichting worden de drie essentiële elementen van deze bepaling benadrukt, zijnde (i) het misbruik gepleegd door diegene die contractueel bevoordeeld wordt,

¹²⁹⁹ W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2486: “Zou de leer van de ‘culpa in contrahendo’ de rechter meer armslag geven bij het moduleren van de regel en van de sanctie (nietigheid van de overeenkomst of van de kwestieuze clausule of matiging van de overdreven prestatie), zodat beiden zo goed mogelijk aan de concrete omstandigheden kunnen worden aangepast, dan dient zij de voorkeur te krijgen.”

¹³⁰⁰ Cass. 11 juni 1992, *Pas.* 1992, I, 898; Cass. 16 december 1982, *Pas.* 1983, I, 472. Zie tevens C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 37.

¹³⁰¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75-76; ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 353.

¹³⁰² Zie uitgebreide bespreking bij DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 193 e.v. Dit wetsvoorstel werd tevens aangehaald bij enkele Belgische auteurs. Zie o.m. DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 50-51 en KLUYSKENS, *Beginnelsen*, 1938, 51.

(ii) de onwetendheid of de zwakheid van de benadeelde en (iii) de grove benadeling.¹³⁰³ Het wetsvoorstel werd bekritiseerd omdat het de rechtszekerheid zou aantasten. Zo zou de vordering gedurende te lange tijd (tot vijf jaar) na de contractsluiting, kunnen worden ingesteld. Daarenboven zou onvoldoende rekening worden gehouden met de belangen van derden.¹³⁰⁴

Daaropvolgend werd een nieuw ontwerp uitgewerkt dat echter weinig fundamentele verschillen vertoonde ten aanzien van het oorspronkelijke wetsvoorstel.¹³⁰⁵ Ook in dit ontwerp berustte de rechtsfiguur op een wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties alsook op de uitbuiting door de medecontractant. Wel kwam het ontwerp tegemoet aan de opgeworpen kritieken. Zo werd de vordering slechts tot twee jaar na de contractsluiting toegelaten. Opmerkelijk is ook dat de nietigheid als sanctie vervangen werd door de matiging.¹³⁰⁶ Ook dit ontwerp is echter nooit wet geworden.

428. *Initiatief tot herziening Code civil* – Korte tijd voor het einde van de Tweede Wereldoorlog werd in Frankrijk het initiatief genomen tot een algehele herziening van de *Code civil*. Tot de vele onderwerpen die voor herziening in aanmerking kwamen, behoorde ook de benadeling.¹³⁰⁷ Opvallend genoeg werd deze materie tegelijk door twee afzonderlijke commissies behandeld. De verschillende aanpak tussen beiden is tekenend. Zo werd in de *Sous-Commission partie générale* met volgende bepaling de traditionele weg – d.i. in de lijn van eerdere voorstellen en buitenlandse bepalingen – bewandeld: “*Si une personne a été déterminée par l’exploitation de sa gêne, de sa légèreté, de son inexpérience ou par l’état de nécessité à passer un acte juridique présentant pour elle un préjudice manifestement anormal, elle peut en demander la rescision pour lésion en tout ou en partie. En dehors de ce cas, la lésion ne vicie l’acte juridique que s’il en est ainsi décidé par la loi.*” De volgende, totaal verschillende tekst van de *Sous-Commission des obligations* geeft evenwel aan hoe het Franse recht de problematiek van het misbruik van inferieure of superieure omstandigheden bij contractsluiting in de daaropvolgende jaren zou aanpakken: “*Le consentement est vicié par violence lorsqu’une des parties, pour retirer du contrat des avantages excessifs, exploite l’état de gêne ou de besoin ou le péril dans lequel se trouvait l’autre partie.*”¹³⁰⁸

429. *Aandacht vanuit rechtspraak en rechtsleer* – De afwezigheid van een wettelijke bepaling heeft niet belet dat de Franse rechtsgeleerden aandacht besteedden aan het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van misbruik van omstandigheden bij de contractsluiting. De Franse doctrine heeft zich reeds in de eerste helft van de 20^e eeuw gebogen over deze rechtsfiguur, enerzijds via commentaar op het wetsvoorstel van GUIBAL en DUPIN uit 1920,¹³⁰⁹ en anderzijds via pleidooien tot invoering van gelijkaardige bepalingen als in buitenlandse rechtsstelsels.¹³¹⁰ Andere

¹³⁰³ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 193.

¹³⁰⁴ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 194.

¹³⁰⁵ De tekst van het nieuwe ontwerp luidde als volgt: “*La lésion n’a d’effets dans les conventions que si la disproportion des obligations qui en résulte est de plus de moitié et a été déterminée par l’exploitation des besoins, de la gêne, de la légèreté ou de l’inexpérience du lésé. Le lésé aura une indemnité pour le préjudice subi sous déduction d’un dixième de la valeur totale de ses prestations, mais l’autre partie aura la faculté de rendre toutes les prestations reçues. La demande n’est plus recevable après l’expiration de deux années à compter du jour du contrat ou après transaction. (...)*” Zie DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 195.

¹³⁰⁶ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 195.

¹³⁰⁷ Voor een gedetailleerd verslag van de werkzaamheden in het kader van deze herziening van de *Code civil*, zie de grondige rechtsvergelijkende analyse van de Nederlandse auteur VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 99-104.

¹³⁰⁸ Zie de rechtsvergelijkende analyse bij VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 100-101.

¹³⁰⁹ Zie bv. DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 192.

¹³¹⁰ Zo pleitten COLIN en CAPITANT reeds in 1924 voor de invoering van een algemene bepaling naar analogie met het Zwitserse en het Duitse recht. Zie COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1924, 291. Deze auteurs trokken het toepassingsgebied van

auteurs kantten zich daarentegen radicaal tegen de invoering van een bepaling ter sanctionering van misbruik van omstandigheden bij de contractsluiting, dit in de overtuiging dat zo'n bepaling niet vernieuwend is en volledig teruggebracht kan worden op de idee inzake rechtsmisbruik.¹³¹¹

Ook de rechtspraak bleek niet ongevoelig voor deze thematiek. De situatie waar een contractpartij misbruik heeft gemaakt van de inferieure positie van zijn medecontractant teneinde buitensporige voordelen te bekomen, werd steeds vaker beschouwd als een noodtoestand, d.i. een toepassing van het wilsgebrek geweld.¹³¹²

b. Het wilsgebrek geweld. Klassieke invulling

430. *Begripsbepaling* – Overeenkomstig artikel 1112 *Code civil* is er sprake van geweld “*lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent*”.¹³¹³ Geweld betreft die rechtsfiguur waarbij dwang wordt uitgeoefend op de wil van een persoon, teneinde deze persoon tot contracteren aan te zetten. De vrees die voortvloeit uit deze dwang, maakt de wil gebrekkig.¹³¹⁴ Anders dan dwaling en bedrog die de toestemming gebrekkig maken door aantasting van het intellectuele aspect, raakt het geweld aldus aan het vrije karakter van de toestemming.¹³¹⁵ Voor de toepassing van geweld is niet vereist dat het geweld uitgaat van de medecontractant. Ook indien het geweld door een derde werd uitgeoefend, kan het contract dat onder invloed van het geweld tot stand kwam, vernietigd worden.¹³¹⁶

431. *Voorwaarden* – Opdat het geweld tot de nietigheid van de overeenkomst zou leiden, is vereist dat dit geweld *ernstig* en *onrechtmatig* is.¹³¹⁷

Het geweld moet allereerst een *ernstig* karakter vertonen, hetgeen inhoudt dat het van die aard moet zijn dat het indruk maakt op een redelijk persoon.¹³¹⁸ Dit abstract criterium wordt onmiddellijk geconcretiseerd in artikel 1112, lid 2 *Code civil* waar bepaald wordt dat de leeftijd, het geslacht en de toestand van personen mee in aanmerking zal worden genomen.¹³¹⁹ Het vereiste van het ernstige karakter houdt, enerzijds, in dat de dreiging aanzienlijk moet zijn en betekent, anderzijds, dat de dreiging nakend moet zijn.¹³²⁰ De vrees moet in ieder geval bestaan op het ogenblik van de

dergelijke algemene bepaling in 1959 nog verder open. Zie COLIN en CAPITANT, *Cours*, II, 1959, 382. Vgl. JOSSERAND, *Cours*, II, 1932, 56.

¹³¹¹ Zie PLANIOL en RIPERT, *Traité*, VI, 1952, 264; VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 112-113.

¹³¹² V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 157; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 143-144.

¹³¹³ Voor een situering van het wilsgebrek geweld naar Belgisch recht, zie *supra*, nrs. 391-397.

¹³¹⁴ FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 171; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 561; C. SOUCHON, “Rapport national. France”, in R. RODIERE (ed.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, (45), 57-58.

¹³¹⁵ FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 171; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 143.

¹³¹⁶ Art. 1111 *Code civil*. Zie BEUDANT, *Cours*, VII, 1936, 174; COLIN en CAPITANT, *Cours*, I, 1934, 74; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 175; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 567; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 248-249.

¹³¹⁷ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 569.

¹³¹⁸ Art. 1112, lid 1 *Code civil*.

¹³¹⁹ C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, 2003, 139; COLIN en CAPITANT, *Cours*, I, 1934, 73; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 172-173; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 570; JOSSERAND, *Cours*, II, 1932, 45; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 254.

¹³²⁰ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 571; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 253.

contractsluiting en moet determinerend zijn voor de toestemming.¹³²¹ Het geweld kan gericht zijn op de persoon van de contractpartij zelf, op zijn eer of op zijn vermogen.¹³²²

Het geweld moet vervolgens ook een *onrechtmatig* karakter vertonen.¹³²³ Dit vereiste wordt afgeleid uit artikel 1114 *Code civil*, waarin bepaald wordt dat de vrees uit eerbied voor vader of moeder of een andere bloedverwant in de opgaande lijn, zonder dat enig geweld is gepleegd, op zichzelf niet voldoende is om het contract te vernietigen. Het vereiste van het onrechtmatige karakter houdt in dat de loutere uitoefening van een recht geen geweld kan uitmaken. Zo maakt de dreiging met het gebruik van een rechtsmiddel geen geweld uit, behoudens indien misbruik zou worden gemaakt van dat middel.¹³²⁴

432. *Sanctionering* – Het geweld is een oorzaak van nietigheid van de overeenkomst.¹³²⁵ Men kan niet meer tegen een overeenkomst opkomen uit hoofde van geweld, indien deze overeenkomst sinds het ophouden van het geweld is goedgekeurd, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, hetzij doordat men de tijd, bij de wet voor het herstel bepaald, heeft laten voorbijgaan.¹³²⁶

c. *Het wilsgebrek geweld. Evolutie van 'état de nécessité' naar 'violence économique'*

i. Noodtoestand (*état de nécessité*)

433. *Geweld uitgaand van externe omstandigheden* – Voor de toepassing van geweld wordt, zoals gezegd, niet vereist dat het geweld uitgaat van de medecontractant. Deze ruime invulling van het wilsgebrek geweld in de *Code civil* deed reeds vroeg in rechtspraak en rechtsleer de vraag rijzen of het wilsgebrek tevens kan worden ingeroepen, indien het geweld niet uitgaat van een persoon, maar wel van uitwendige omstandigheden, ook wel *noodtoestand* genoemd.¹³²⁷

Inmiddels wordt de sanctionering van de noodtoestand via het wilsgebrek geweld aanvaard door de meerderheid van de Franse rechtspraak en rechtsleer. Wel wordt daartoe het bijkomende vereiste opgelegd dat de wederpartij gebruik maakt van de noodtoestand waarin het slachtoffer zich bevindt om voor zichzelf buitensporige voordelen te bedingen.¹³²⁸ In een arrest van 24 mei 1989

¹³²¹ FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 172; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 571-572; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 335.

¹³²² FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 172; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 565; C. SOUCHON, "Rapport national. France", in R. RODIERE (ed.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, (45), 58; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 247. Overeenkomstig art. 1113 *Code civil* brengt het geweld ook de nietigheid van de overeenkomst met zich mee wanneer het uitgeoefend wordt ten aanzien van de echtgeno(o)t(e) van de contractpartij, of ten aanzien van zijn bloedverwanten in de opgaande of neerdalende lijn. Aangenomen wordt dat deze bepaling slechts een vermoeden bevat, hetgeen inhoudt dat dit vermoeden via tegenbewijs kan worden weerlegd alsook dat het geweld daarenboven kan worden uitgeoefend ten aanzien van andere personen dan diegene opgesomd in art. 1113 *Code civil*. In dat geval dient te worden aangetoond dat de dreiging ten aanzien van een bepaalde persoon ernstig was en een determinerende invloed had op de toestemming van de contractpartij (GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 566; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 333).

¹³²³ COLIN en CAPITANT, *Cours*, I, 1934, 74; JOSSEAND, *Cours*, II, 1932, 46.

¹³²⁴ Cass. fr. civ. 17 januari 1984, *Bull. civ.* 1984, II, n° 13, 10. Zie tevens BENABENT, *Les obligations*, 2005, 71; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 174; LARROUMET, *Droit civil*, 2003, 335; C. SOUCHON, "Rapport national. France", in R. RODIERE (ed.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, (45), 60; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 248. Zie in dezelfde zin, C. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, 2003, 141.

¹³²⁵ Art. 1113 *Code civil*.

¹³²⁶ Art. 1115 *Code civil*.

¹³²⁷ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 144

¹³²⁸ BENABENT, *Les obligations*, 2005, 71-72; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 568; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 249-250. Zie eerder reeds in dezelfde zin: PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 188; C. SOUCHON, "Rapport national. France", in R. RODIERE (ed.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, (45), 61. Zie ook de verwijzingen naar de rechtspraak bij PÉROT-MOREL, *De l'équilibre*, 1961, 183. Volgens FLOUR e.a. is de rechtspraak dienaangaande echter niet uitgebreid genoeg om te kunnen spreken van vaststaande rechtspraak (FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 176).

bevestigde het Franse Hof van Cassatie dat de sanctionering van de noodtoestand via het wilsgebrek geweld veronderstelt dat buitensporige voorwaarden worden bedongen.¹³²⁹

434. *Cass. fr. 27 april 1887*¹³³⁰ – Als typevoorbeeld van de noodtoestand wordt vaak verwezen naar de situatie waar hulp wordt geboden aan een schip dat op zee in nood verkeert.¹³³¹ Deze situatie lag ook ten grondslag aan het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 27 april 1887. De kapitein van een schip in moeilijkheden zag zich genoodzaakt om in te stemmen met de zeer hoge prijs die de kapitein van een takelschip vroeg als tegenprestatie voor de redding. Wanneer nadien betaling van de prijs wordt gevorderd, roept de kapitein van het schip in nood de nietigheid van de overeenkomst in wegens een gebrek in zijn toestemming. Het Franse Hof van Cassatie bevestigde het arrest dat het hof van beroep eerder had gewezen: “*Attendu que l’arrêt attaqué constate que le capitaine du Rolf n’a souscrit l’engagement litigieux que pour sauver son navire, qui, sans cela, aurait été prochainement et fatalement submergé et perdu, que ce n’est que contraint et forcé, qu’après s’être vainement débattu pour obtenir des conditions moins rigoureuses, il a dû subir comme une nécessité la convention que le capitaine de l’Abeille n° 9, abusant de sa situation désespérée lui a imposée; qu’en annulant, par suite, cette convention, la cour d’appel n’a ni commis un excès de pouvoir, ni violé, ni faussement appliqué aucun des articles susvisés [art. 1109, 1111 et suiv. c. civ.]*”. (eigen onderlijning) Met dit arrest bevestigt het Franse Hof van Cassatie dat het wilsgebrek geweld ook kan voortvloeien uit externe omstandigheden.

Deze uitbreiding van het wilsgebrek geweld tot de noodtoestand werd nadien bevestigd in geval van sociale en economische omstandigheden.¹³³² Het betrof o.m. de situatie waar een werknemer had ingestemd met een zeer nadelige arbeidsovereenkomst op het ogenblik dat hij zich in extreme financiële moeilijkheden bevond ten gevolg van een ernstige ziekte van zijn kind. Het Franse Hof van Cassatie bevestigde de vernietiging van deze arbeidsovereenkomst op basis van de noodtoestand waarin de werknemer zich op het ogenblik van de contractsluiting bevond.¹³³³

ii. Economisch geweld (*violence économique*)

435. *Hernieuwde aandacht voor geweld uitgaand van externe omstandigheden* – De vraag of het wilsgebrek geweld kan voortvloeien uit externe omstandigheden, is de laatste jaren opnieuw actueel geworden via de figuur van het economisch geweld.¹³³⁴ Partijen beroepen zich voor de rechter steeds vaker op het wilsgebrek geweld om de situatie van *economische afhankelijkheid of zwakheid* waarin ze zich op het ogenblik van contractsluiting ten aanzien van hun medecontractant bevinden, aan te kaarten.¹³³⁵ De rechtspraak sanctioneert deze economische dwang ook steeds meer via het wilsgebrek geweld.¹³³⁶

¹³²⁹ Cass. fr. civ. 24 mei 1989, *Bull. civ.* 1989, I, n° 212, 142, aangehaald door GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 568.

¹³³⁰ Cass. fr. 27 april 1887, *D.* 1888.I. 263, recentelijk nog aangehaald door G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 162.

¹³³¹ Zie o.m. C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 141; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 175. Dit voorbeeld werd ook in het begin van de 20^e eeuw reeds aangehaald, o.m. door DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 190.

¹³³² OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 144.

¹³³³ Cass. fr. soc. 5 juli 1965, *Bull. civ.* 1965, V, n° 545.

¹³³⁴ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 165; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 176.

¹³³⁵ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 563; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 145; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 250.

¹³³⁶ Zie J.-P. CHAZAL, “La contrainte économique: violence ou lésion?”, (noot onder Cass. civ. 30 mei 2000), *Dalloz* 2000, (879) 880, en de verwijzingen die daar zijn opgenomen.

436. *Rechtspraak Franse Hof van Cassatie* – Aanvankelijk stelde het Franse Hof van Cassatie zich inzake de figuur van het economisch geweld zeer voorzichtig op. Dat blijkt althans uit het cassatiearrest van 20 mei 1980.¹³³⁷ In een arrest van 27 september 1977 besliste het hof van beroep te Parijs tot de vernietiging van de herziening van een concessieovereenkomst wegens geweld.¹³³⁸ Het hof van beroep overwoog hierbij als volgt: “*que les deux partenaires au contrat de concession de vente d’automobiles ne sont pas placés sur un pied d’égalité du fait, à l’égard du concédant, de la sujétion économique du concessionnaire, actuellement privé dans notre droit positif de toute protection légale; que les premiers juges ont à bon droit qualifié une telle convention de contrat d’adhésion entre une entreprise puissante et un concessionnaire d’un poids économique incomparablement plus faible.*” Dit arrest werd door het Franse Hof van Cassatie verbroken omdat de beroepsrechter niet had aangetoond dat het geweld onrechtmatig was. Het Hof van Cassatie weigerde om een situatie van economische afhankelijkheid zonder meer gelijk te stellen met geweld. Wel zette het Franse Hof van Cassatie de deur open voor een sanctionering van economisch geweld. De sanctionering op zichzelf werd er immers niet verboden. Het Hof gaf enkel aan dat ook bij de toepassing van economisch geweld het onrechtmatige karakter van het geweld dient te worden bewezen.¹³³⁹

Pas met het arrest van 30 mei 2000 zette het Franse Hof van Cassatie de definitieve stap naar de erkenning van het economisch geweld. De volgende feiten lagen aan dit arrest ten grondslag. Het slachtoffer van een brand sloot als verzekerde een dading met de expert die belast is met het opmeten van de schade. Nadien vorderde de verzekerde de nietigheid van de dading wegens economisch geweld. Het hof van beroep verwierp de vernietigingsvordering omdat een dading niet vernietigd kan worden wegens benadeling. Deze beslissing werd evenwel verbroken door het Hof van Cassatie, met de overweging dat de dading bestreden kan worden op basis van het wilsgebrek geweld en dat de economische dwang vastgeknoopt wordt aan het wilsgebrek geweld en niet aan de benadeling.¹³⁴⁰ MESTRE en FAGES benadrukken dat de uitspraak van het Hof van Cassatie niet overroepen mag worden. De stelling dat de economische dwang gelinkt wordt aan geweld, betekent allerm minst dat iedere druk van economische of financiële aard uitgeoefend op één van de partijen bij de contractsluiting, een geval van economisch geweld uitmaakt. Daartoe moeten ook het determinerende en het onrechtmatige karakter van de dwang vervuld zijn. Wel wordt met dit arrest duidelijk dat daar waar de wetgever de vernietiging wegens benadeling heeft uitgesloten, het Franse Hof van Cassatie toelaat via de sluipweg van het economisch geweld alsnog de vernietiging van de overeenkomst te bekomen.¹³⁴¹

437. *Dubbele voorwaarde* – Op heden aanvaarden de Franse rechtspraak en rechtsleer dat een situatie van economische afhankelijkheid via het wilsgebrek geweld kan worden bestreden, op voorwaarde dat aan volgende twee voorwaarden voldaan is: (i) er moet misbruik gemaakt zijn van een

¹³³⁷ Cass. fr. com. 20 mei 1980, *Bull. civ.* II, n° 212, 170, o.m. aangehaald bij OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 145-146.

¹³³⁸ Parijs 27 september 1977, *Gaz. Pal.* 1978, 110, noot J. GUYENOT, *D.* 1978, 690, noot SOULEAU, *RTDCom.* 1978, 595, noot J. HEMARD.

¹³³⁹ J.-P. CHAZAL, “La contrainte économique: violence ou lésion?”, (noot onder Cass. civ. 30 mei 2000), *Dalloz* 2000, (879) 880.

¹³⁴⁰ Cass. fr. civ. 30 mei 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, 109, *RTDC* 2000, 827-828, obs. J. MESTRE en B. FAGES.

¹³⁴¹ J. MESTRE en B. FAGES, “Obligation et contrats spéciaux”, *RTDC* 2000, 828.

situatie van economische afhankelijkheid, (ii) teneinde een buitensporig voordeel te bekomen.¹³⁴² Op die manier wordt ook voor de economische dwang duidelijk een onrechtmatig karakter vereist.¹³⁴³

438. *Cass. fr. 3 april 2002* – Het opleggen van deze dubbele voorwaarde aan de rechtsfiguur van het economisch geweld wordt bevestigd in het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 3 april 2002.¹³⁴⁴ Volgende feiten liggen aan dit arrest ten grondslag. Een werknemster, reeds twaalf jaar werkzaam bij een uitgeverij van o.m. woordenboeken, ondertekent in 1984 een overeenkomst met haar werkgever waarbij ze erkent – middels de uitkering van een eenmalige forfaitaire vergoeding – dat alle exploitatierechten van het woordenboek, waaraan zij in het kader van haar arbeidsovereenkomst heeft gewerkt, toebehoren aan haar werkgever. In 1996 wordt de werknemster ontslagen en daaropvolgend vordert zij de vernietiging van de overeenkomst tot overdracht van exploitatierechten op basis van het wilsgebrek geweld. De vrouw ondersteunt haar vordering met drie argumenten: (i) haar daadwerkelijke en aanzienlijke vrees om ontslagen te worden in geval van niet-ondertekening van de overeenkomst, gelet op de sociale context van het bedrijf, (ii) haar statuut als werknemer dat haar in een positie van economisch afhankelijkheid plaatste, hetgeen haar dwong om de overeenkomst te ondertekenen en (iii) haar loyaliteitsverplichting ten aanzien van haar werkgever. Het hof van beroep spreekt de nietigheid van de overeenkomst uit op basis van bovenstaande argumentatie. Het Hof van Cassatie verbreekt echter deze beslissing op basis van de volgende overweging: “*Attendu (...) que seule l’exploitation abusive d’une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d’un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement; qu’en se déterminant comme elle l’a fait, sans constater, que lors de la cession, Mme Kannas était elle-même menacée par le plan de licenciement et que l’employeur avait exploité auprès d’elle cette circonstance pour la convaincre, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision.*”

439. *Rechterlijke beoordeling* – De vraag rijst hoe de rechter vaststelt of er al dan niet een situatie van economische afhankelijkheid voorhanden is. Bij de klassieke beoordeling van het wilsgebrek geweld gaat de rechter na of het geweld indruk maakt op een redelijk persoon, hierbij *in concreto* rekening houdend met de leeftijd, het geslacht en de toestand van het slachtoffer. De rechter hanteert een *in concreto*-beoordeling van de contractuele situatie. De rechter bestudeert in detail de bedreigingen die geuit worden door de ene partij en de invloed daarvan op de toestemming van de wederpartij.¹³⁴⁵ BOURRIER benadrukt dat de beoordeling van het economisch geweld op een andere wijze gebeurt. Bij de beoordeling van de economische dwang heeft de rechter immers geen oog voor een *in concreto*-beoordeling. De zwakke positie van één van de partijen vloeit in dat geval immers niet voort uit zijn persoon zelf, maar veeleer uit de contractuele verhouding tussen partijen.¹³⁴⁶

De loutere aanwezigheid van een situatie van economische afhankelijkheid is onvoldoende. Vereist wordt dat misbruik wordt gemaakt van deze situatie. Het is immers niet de economische afhankelijkheid die rechters wensen te sanctioneren, maar wel het misbruik dat van deze afhankelijkheid wordt gemaakt. BOURRIER merkt terecht op dat er hier sprake is van *un déplacement*

¹³⁴² Cass. fr. civ. 30 mei 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 169, 109. Zie tevens C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 142; G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 168-169; FLOUR e.a., *Les obligations*, 2006, 176-177; MALAURIE e.a., *Les obligations*, 2005, 255; J. MESTRE en B. FAGES, “Obligations et contrats spéciaux.”, *RTDC* 2002, 502, obs. Cass. civ. 3 april 2002; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 253.

¹³⁴³ P.-P. CHAZAL, “Le déséquilibre de puissance économique entre les contractants: les contrats de distribution et la détermination du prix”, (noot onder Cass. com. 20 januari 1998), *JCP* 1999, 323; OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 147-148; TERRÉ e.a., *Les obligations*, 2005, 253.

¹³⁴⁴ Cass. fr. civ. 3 april 2002, *D.* 2002, 1860, noot J.-P. GRIDEL, *RTDC* 2002, 502, obs. J. MESTRE en B. FAGES.

¹³⁴⁵ C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 143.

¹³⁴⁶ Parijs 20 januari 2000, *JCP* 2000, F, II, 10433, noot PIERRE, aangehaald door C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 143-144.

de la réflexion juridique. Niet langer worden de gevolgen van het geweld op het slachtoffer bekeken, maar veeleer ligt de nadruk op de (actieve) rol die de dominerende partij heeft gespeeld.¹³⁴⁷ Dezelfde evolutie werd met betrekking tot de wilsgebreken dwaling en bedrog vastgesteld in het Belgische recht.¹³⁴⁸ Uit de buitensporige voordelen die bedongen worden ten voordele van de medecontractant, lijken sommige auteurs evenwel het misbruik zelf af te leiden.¹³⁴⁹

440. *Wettelijke toepassingen* – Verschillende auteurs wijzen op het verband tussen de sanctiëring van de economische dwang via het wilsgebrek geweld en een aantal bepalingen uit het mededingings- en het consumentenrecht.¹³⁵⁰

441. *Artikel 420-2, lid 2 Code de commerce* – Dit artikel, een overname van artikel 8 *Ordonnance du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, bepaalt als volgt: “*Est en outre prohibée, dès lors qu’elle est susceptible d’affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l’exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d’entreprises de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l’article L. 442-6 ou en accords de gamme.*” De uitbuiting van de economische afhankelijkheid wordt op basis van deze bepaling echter enkel gesanctioneerd, wanneer het functioneren of de structuur van de mededinging wordt geraakt. De invloed van deze bepaling op het contractenrecht is dan ook eerder klein. Het mededingingsrecht verdedigt enkel de zwakke partij, wanneer een negatief effect op het functioneren van de markt kan bestaan.¹³⁵¹

442. *Economische afhankelijkheid: relatie consument-professioneel* – Verschillende auteurs wijzen op de gelijkenis van economisch geweld met de strafrechtelijk gesanctioneerde rechtsfiguur *abus de faiblesse* uit de *Code de la consommation*.¹³⁵² In het bijzonder wordt gewezen op artikel 122-9, 5° *Code de la consommation* waar misbruik van zwakheid wordt weerhouden “*lorsque la transaction a été conclue dans une situation d’urgence ayant mis la victime de l’infraction dans l’impossibilité de consulter un ou plusieurs professionnels qualifiés, tiers au contrat.*”¹³⁵³ GHESTIN wijst in dit verband ook op (oud) artikel 35 *Loi Scrivener du 10 janvier 1978 sur la protection et sur l’information des consommateurs*. Onder deze oude wet worden bedingen in overeenkomsten gesloten met consumenten verboden, wanneer deze “*apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l’autre partie et confèrent à cette dernière un usage excessif.*”¹³⁵⁴

¹³⁴⁷ C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 145.

¹³⁴⁸ *Supra*, nr. 379.

¹³⁴⁹ J. FLOUR en J.-L. AUBERT, *Droit civil. Les obligations, L’acte juridique*, 1998, 155, weergegeven door C. BOURRIER, *La faiblesse d’une partie au contrat*, 2003, 145. *Contra*: G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 169.

¹³⁵⁰ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 167; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 563-564; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 251-252.

¹³⁵¹ TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 251-252.

¹³⁵² BENABENT, *Les obligations*, 2005, 72; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 564-565. Voor een uitgebreide bespreking, zie OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 308 e.v. Ook in het Belgische recht werden reeds pogingen ondernomen om het misbruik van zwakheid in de (oude) WHPC in te lassen. In dit verband kan verwezen worden naar het wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 31, 32, 33, 86, 89 en 105 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en tot invoeging van een artikel 85bis (misbruik van zwakheid), besproken bij DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 256, voetnoot 1329. Daarnaast wijzen we in dit verband op het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument teneinde het misbruik van de zwakheid van consumenten strafbaar te stellen, ingediend in de Kamer van Volksvertegenwoordigers op de zitting van 13 januari 1999.

¹³⁵³ BENABENT, *Les obligations*, 2005, 72.

¹³⁵⁴ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 564. Meer hierover, zie *infra*, nr. 748-750.

iii. Thesis OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES

443. *Nieuw wilsgebrek: la faiblesse* – OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES stelde in haar proefschrift getiteld “*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*” van 2002 de invoering van een nieuw wilsgebrek van zwakheid (*la faiblesse*) voor als antwoord op de door haar vastgestelde hedendaagse aantastingen van de toestemming.¹³⁵⁵ Voor dit nieuwe wilsgebrek, dat voorgesteld wordt ter vervanging van het wilsgebrek geweld, dienen twee voorwaarden vervuld te zijn, met name (i) een toestand van zwakheid of van inferioriteit, waarvan de medecontractant geprofiteerd heeft teneinde een voordeel te bekomen en (ii) een contractueel onevenwicht ten nadele van de zwakke partij.¹³⁵⁶

444. *Omstandigheden van zwakheid* – Vooreerst dienen omstandigheden van zwakheid aanwezig te zijn. Een eerste vorm van zwakheid wordt door OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES *la vulnérabilité* genoemd. Het omvat de omstandigheden van zwakheid die voortvloeien uit de persoon zelf van de zwakke partij (bv. ziekte, leeftijd, onervarenheid) alsook de omstandigheden die voortvloeien uit de (externe) persoonlijke situatie van de zwakke partij. Hierbij verwijst de auteur in het bijzonder op geweld, agressieve praktijken en de noodtoestand.¹³⁵⁷ Als tweede vorm van omstandigheden van zwakheid wordt gewezen op *l'infériorité économique*. Deze zwakheid vloeit niet voort uit de persoon van de zwakke partij of uit diens persoonlijke omstandigheden, maar wel uit de contractuele verhouding ten aanzien van de andere partij. In het bijzonder onderscheidt de auteur, enerzijds, de verhouding tussen professionelen en consumenten en, anderzijds, deze tussen professionelen onderling. De zwakheid van de consument ten aanzien van de professionele partij vloeit in het bijzonder voort uit hun gebrek aan technische en juridische kennis, waardoor hen verhinderd wordt het contractuele evenwicht en de draagwijdte van hun verbintenissen correct in te schatten.¹³⁵⁸

445. *Contractueel onevenwicht* – Het contractueel onevenwicht wordt door OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES opgevat als een benadeling, d.i. als een onevenwicht tussen de prestaties van de partijen in het nadeel van de zwakke partij.¹³⁵⁹ Zowel de intrinsieke benadeling, d.i. een onevenwicht tussen de contractuele prestaties zelf, als de extrinsieke benadeling, d.i. een onevenwicht ten gevolge van de geringe inkomsten van de zwakke partij of het nutteloze karakter van het goed, worden door deze auteur als contractueel onevenwicht in aanmerking genomen. Ter appreciatie van de intrinsieke benadeling neemt deze auteur daarenboven niet enkel het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in aanmerking, maar ook het onevenwicht tussen de (bijkomende) rechten en plichten van partijen.¹³⁶⁰

446. *‘Régularisation’ als sanctie* – Op basis van haar vaststelling dat de nietigheid als sanctie voor de wilsgebreken tekort schiet, stelt OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES als nieuwe sanctie *la régularisation* voor. Het grote voordeel van deze sanctie is dat het contract in beginsel behouden kan blijven, mits herstel van het contractueel onevenwicht dat veroorzaakt werd door het wilsgebrek. De regularisatie kan een negatieve of een positieve vorm aannemen. De *negatieve* regularisatie kan neerkomen op de matiging van een bedrag of een hoeveelheid alsook op het schrappen van een clausule

¹³⁵⁵ Zie OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 342 e.v.

¹³⁵⁶ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 343 e.v.

¹³⁵⁷ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 347-350.

¹³⁵⁸ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 351 e.v.

¹³⁵⁹ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 366: “*Le déséquilibre contractuel n’est rien d’autre qu’une lésion, un déséquilibre des prestations au détriment d’une des parties contractantes, la partie faible*”.

¹³⁶⁰ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 366 e.v.

of een contractuele bepaling. De *positieve* regularisatie bestaat erin op een positieve wijze de contactuele verbintenissen te wijzigen door een toevoeging of een vervanging door de rechter. Welke wijze van regularisatie in een bepaalde zaak het meest efficiënt is, wordt door de rechter bepaald in functie van het type van onevenwicht dat het wilsgebrek veroorzaakt. De nietigheid behoudt weliswaar een beperkte plaats in het sanctioneringsmechanisme en kan uitgesproken worden, wanneer regularisatie onmogelijk is of het contract voor het slachtoffer geen nut meer heeft.¹³⁶¹

2. De lege ferenda

447. *Wettelijke erkenning van economisch geweld* – Artikel 1114-3 *Avant-Projet de réforme* bepaalt als volgt: “*Il y a également violence lorsqu’une partie s’engage sous l’empire d’un état de nécessité ou de dépendance, si l’autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s’apprécie d’après l’ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l’existence de relations antérieures entre les parties ou de leur inégalité économique.*” Deze (mogelijk toekomstige) wettelijke bepaling is vernieuwend, aangezien zij de idee bevat van het misbruik van een situatie van zwakheid, ontstaan ten gevolge van een noodtoestand of een toestand van afhankelijkheid. Het artikel preciseert ook de criteria aan de hand waarvan de rechter een bepaald geval van geweld zal moeten beoordelen. Met deze bepaling zal het misbruik van omstandigheden van inferioriteit in het Franse recht definitief vastgehaakt worden aan het wilsgebrek geweld.¹³⁶² Wel erkennen de Franse auteurs dat het veeleer gaat om de figuur van de gekwalificeerde benadeling dan om het echte wilsgebrek geweld.¹³⁶³ Het wilsgebrek geweld wordt gesanctioneerd met een relatieve nietigheid. Wanneer het geweld schade veroorzaakt aan één van de contractpartijen, dient diegene die de schade heeft veroorzaakt, deze te vergoeden.¹³⁶⁴

B. Het Nederlandse recht

448. *Overzicht* – Pas met de invoering van het N.B.W. werd een bepaling inzake misbruik van omstandigheden in het Nederlandse recht ingevoerd. De concrete invulling van deze wetsbepaling werd dan ook in grote mate bepaald door de voorafgaande jarenlange aandacht van rechtsleer en rechtspraak voor deze rechtsfiguur. Derhalve staan we allereerst stil bij de ontstaansgeschiedenis van deze rechtsfiguur, waarbij in het bijzonder aandacht zal worden besteed aan de rechtspraak van de Hoge Raad en aan de verschillende ontwerpen van het N.B.W. Pas daarna gaan we dieper in op de actuele invulling van artikel 3:44(4) N.B.W. via een bestudering van de grondslag, de voorwaarden en de sanctionering van het misbruik van omstandigheden.

1. Ontstaansgeschiedenis

449. *Tot 1954: toepassing door rechtspraak en doctrine* – Reeds in de eerste helft van de 20^e eeuw was de Nederlandse rechtspraak van oordeel dat het misbruik dat een contractpartij maakt van de

¹³⁶¹ QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 394 e.v.

¹³⁶² B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Rev. dr. unif.* 2006, (103) 120-121.

¹³⁶³ B. FAUVARQUE-COSSON en D. MAZEAUD, “L’avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription”, *Rev. dr. unif.* 2006, (103) 121: “*Mais plutôt que de violence proprement dite, il s’agit ici, comme dans les Principes et les droits européens susvisés, de lésion qualifiée. En conséquence, cette règle, qui, permet de combattre les injustices contractuelles lorsqu’elles procèdent d’un abus d’inégalité en prononçant la nullité des contrats pour exploitation abusive d’une situation de dépendance économique, inscrit le droit français dans une perspective européenne. (...)*”.

¹³⁶⁴ Art. 1115, lid 1 en 2 *Avant-Projet de réforme*.

inferieure omstandigheden waarin zijn medecontractant zich bevindt op het ogenblik van de contractsluiting, niet ongestraft kon blijven. Evenwel voorzag het Nederlandse B.W. op dat ogenblik niet in een passend instrument om dergelijk misbruik aan te pakken.¹³⁶⁵ In afwachting van een wettelijke regeling verklaarde de rechtspraak de overeenkomst die door middel van misbruik van omstandigheden was tot stand gekomen, veelal nietig wegens strijdigheid met de goede zeden.¹³⁶⁶ Ook al had de Hoge Raad het misbruik van omstandigheden in die periode nog niet expliciet erkend als vernietigingsgrond voor overeenkomsten, toch waren toen reeds aanwijzingen te vinden in de arresten van de Hoge Raad dat deze niet afwijzend stond tegenover die idee.¹³⁶⁷ Ook de doctrine pleitte in die periode reeds voor een erkenning van misbruik van omstandigheden.¹³⁶⁸

450. *Ontwerp-MEIJERS (1954)* – Een eerste doorbraak in de erkenning van misbruik van omstandigheden als een zelfstandige rechtsfiguur vond plaats in 1954. In dat jaar bracht MEIJERS immers zijn Ontwerp voor het N.B.W. uit (hierna *Ontwerp-MEIJERS*). In dat ontwerp wordt misbruik van omstandigheden, naast de dwang en het bedrog, opgenomen als een grondslag tot vernietiging van een rechtshandeling. De bepaling luidde als volgt: “*Misbruik van omstandigheden is aanwezig wanneer iemand van andermans noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid misbruik heeft gemaakt, om deze tot een bepaalde voor hem nadelige rechtshandeling te bewegen. Is de benadeling onevenredig groot, en is de noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed.*”¹³⁶⁹ MEIJERS heeft zich hiervoor gebaseerd op de Engelse figuur *undue influence*, die gekenmerkt wordt door de mogelijkheid van omkering van bewijslast, ingeval van een vertrouwensrelatie tussen partijen.¹³⁷⁰

451. *Erkenning door de Hoge Raad in 1957* – Met het arrest van 11 januari 1957 – hierna het *BOVAG II-arrest* genoemd¹³⁷¹ – heeft de Hoge Raad voor het eerst op expliciete wijze misbruik van omstandigheden als grondslag voor de vernietiging van overeenkomsten erkend.¹³⁷² Daarmee sloot de Hoge Raad zich aan bij hetgeen door de doctrine reeds lange tijd werd bepleit, met name dat het

¹³⁶⁵ RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 154.

¹³⁶⁶ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 208; G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeleis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 155; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 154. Zie ook LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 43, en de rechtspraak die daar wordt aangehaald.

¹³⁶⁷ Zie verwijzingen aangehaald door LANGEMEIJER, conclusie bij Hoge Raad, 11 januari 1957, *NJ* 1959, 117, noot H.B.; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 43; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 26-27.

¹³⁶⁸ Zie o.m. E. M. MEIJERS, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Tekst*, III, 1955, 210 e.v., aangehaald door LANGEMEIJER, conclusie bij Hoge Raad, 11 januari 1957, *NJ* 1959, 37, noot H.B. Zie ook LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 123.

¹³⁶⁹ Art. 3.2.10, lid 4 *Ontwerp-MEIJERS*, in E. M. MEIJERS, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 1954, 118. Zie tevens LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 140; J.J. NAGELKERKE, “De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest”, *WPNR* 1974, (849) 849; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 194-195.

¹³⁷⁰ J.M. VAN DUNNÉ, “Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3:44 BW”, in X. (ed.), *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, 1992, (85) 88. Zie ook *infra*, nrs. 1227 en 1229.

¹³⁷¹ *BOVAG* is de afkorting van *Bond van Automobiel- en Garagebedrijven*. *Infra*, nr. 452.

¹³⁷² HR 11 januari 1957, *NJ* 1959, 113, concl. adv.- gen. LANGEMEIJER, noot H.B. In dit arrest van de Hoge Raad werd de figuur van misbruik van omstandigheden voor de eerste maal expliciet erkend. Wel zijn in vroegere arresten reeds aanwijzingen te vinden dat de Hoge Raad niet afwijzend stond tegenover dergelijke idee. Zie H.B., noot onder Hoge Raad 11 januari 1957, *NJ* 1959, (120) 120; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 43; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 26-27. Zie ook J.L.P. CAHEN, *Misbruik van omstandigheden*, 1983, 5.

misbruik door één van de partijen van een overwicht of van een noodtoestand bij de contractsluiting tot de vernietiging van deze overeenkomst moet leiden.

De Hoge Raad oordeelde in het BOVAG II-arrest dat een overeenkomst die tot stand komt onder invloed van misbruik van omstandigheden, strijdig is met de goede zeden en derhalve een ongeoorloofde oorzaak heeft.¹³⁷³ In tegenstelling tot de doctrine die zich voor de grondslag van het misbruik van omstandigheden veeleer baseerde op de leer van de wilsgebreken¹³⁷⁴, volgt de lagere rechtspraak de Hoge Raad en oordeelt dat overeenkomsten die tot stand gekomen zijn onder invloed van misbruik van omstandigheden, strijdig zijn met de goede zeden.¹³⁷⁵ De figuur van het misbruik van omstandigheden werd in de daaropvolgende jaren verder uitgediept door de rechtspraak, in het bijzonder door de verschillende arresten van de Hoge Raad¹³⁷⁶ alsmede door de rechtsleer.¹³⁷⁷

452. *BOVAG II-arrest* – Deze zaak betrof één van de vele BOVAG-processen die in Nederland plaats vonden. *In casu* ging de zaak in het bijzonder over het vrijwaringsluik van de befaamde BOVAG-clausule, waarin als volgt werd bepaald: “*Stalling, verzorging, reparatie en berijding van motorrijtuigen geschiedt slechts onder de uitdrukkelijke bepaling, ... dat onze cliëntèle ons vrijwaart tegen elke schade en aansprakelijkheid jegens derden*”. Een zekere Max Mozes had zijn vrachtauto voor herstelling binnengebracht bij een garagebedrijf dat lid was van de Bond van Automobielen- en Garagebedrijven (BOVAG). Tijdens een proefrit met de vrachtauto veroorzaakte een monteur van het garagebedrijf een ongeval waarbij twee meisjes werden aangereden. De slachtoffers ontvingen een schadeloosstelling door de Centrale Werkgevers Risico Bank, die daaropvolgend zowel het garagebedrijf als de heer Mozes aansprak tot terugbetaling van de schadevergoeding. Het garagebedrijf riep de heer Mozes in vrijwaring op basis van de zogenaamde BOVAG-clausule die in de herstellingsovereenkomst opgenomen was. Deze klant argumenteerde echter dat de verregaande vrijwaringsclausule hem tegen zijn wil was opgedrongen, gelet op de monopoliepositie die de BOVAG-garages bezitten. De beroepsrechter wees de vordering in vrijwaring van het garagebedrijf ten aanzien van de heer Mozes af op basis van volgende overwegingen: “*dat toch het hof van oordeel is dat deze clausule moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst in strijd met de goede zeden en met de openbare orde, welk oordeel het hof grondt op de wijze, waarop dit deel van de overeenkomst is tot stand gekomen, mede in verband met de inhoud en de strekking van de betreffende clausule; ... Dat de automobilist tot het aanvaarden van die zware verplichting wordt gedwongen, daar hij zonder aanvaarding van die clausule in vrijwel geen enkel garagebedrijf in Nederland zal worden geholpen; ... Dat derhalve moet worden aangenomen, dat het Bovag-beding wordt afgedwongen door misbruik van*

¹³⁷³ Zie tevens in deze zin, LANGEMEIJER, conclusie bij Hoge Raad, 11 januari 1957, *NJ* 1959, 118-119. De Hoge Raad bevestigde zijn standpunt later in tal van andere arresten: HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 429, noot CJHB; HR 20 januari 1978, *NJ* 1978, nr. 227, 788, conclusie VAN OOSTEN, noot G.J.S.; HR 13 juni 1975, *NJ* 1976, 98, noot GJS; HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, 104, noot G.J.S., AA 1964-65, 235, noot G, allen aangehaald door ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 208. Zie tevens LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 45-46; PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 207 en 239.

¹³⁷⁴ Zie PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 240.

¹³⁷⁵ Zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 208; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 154.

¹³⁷⁶ Zie o.m. HR 29 mei 1964 (VAN ELMBT/FEIERABEND), *NJ* 1965, 104; HR 24 mei 1968 (BUMA/BRINKMANN), *NJ* 1968, 252; HR 10 december 1965 (Bierafnamebeding), *NJ* 1967, 80; HR 29 april 1971 (Weduwepensioen), *NJ* 1972, 336; HR 31 mei 1974 (Antiliaanse fraude), *NJ* 1974, 435; HR 13 juni 1975 (BLUIJSSEN/KOLHORN), *NJ* 1976, 98; HR 18 februari 1978, *NJ* 1978, 227; HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 610; HR 2 november 1979 (BRANDWIJK), *NJ* 1980, 429; HR 1 juni 1990, *NJ* 1996, 53; HR 5 januari 1996, *NJ* 1996, 320; HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652; HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 267; HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 450; HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 141; HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204.

¹³⁷⁷ Zie o.m. J.L.P. CAHEN, *Misbruik van omstandigheden*, 1983, 35 p.; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 183 p.; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 254 p.; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 144 p.

macht door een contractpartij, aan welker belang dat van de mede-contractant op vergaande wijze wordt opgeofferd.” (eigen onderlijning)

De Hoge Raad houdt in zijn arrest vast aan de visie dat de loutere discrepantie tussen de wederzijdse verplichtingen van een overeenkomst op zich de geldigheid van die overeenkomst niet aantast. De Hoge Raad overweegt echter tegelijkertijd als volgt: *“dat het uitgangspunt van het Hof is dat een nadelige overeenkomst (clausule) als voormeld een geoorloofde oorzaak kan ontberen in verband met de bijzondere invloeden, welke zich bij het sluiten der overeenkomst doen gelden, met name wanneer de benadeelde partij de onevenredig grote last heeft aanvaard onder den druk van omstandigheden waarvan zijn medecontractant misbruik maakte; dat dit uitgangspunt op zichzelf niet onjuist is.”*¹³⁷⁸ De vraag of er in casu sprake was van misbruik van omstandigheden kon volgens de Hoge Raad slechts worden beoordeeld in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval in kwestie, terwijl de beroepsrechter echter geen rekening had gehouden met de bijzondere omstandigheden van deze zaak. De Hoge Raad vernietigde om deze reden dan ook het bestreden arrest.

453. *Gewijzigd Ontwerp in 1970-1971* – In 1970-1971 wordt een Gewijzigd Ontwerp van N.B.W. ingediend. Artikel 3.2.10, lid 4 Gewijzigd Ontwerp inzake misbruik van omstandigheden is als volgt geformuleerd: *“Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.”*¹³⁷⁹ Opvallend is dat in dit Gewijzigd Ontwerp voor het eerst gesproken wordt over *bijzondere omstandigheden*. In tegenstelling tot de vorige ontwerpen komt het benadelingsvereiste alsook het vermoeden niet meer naar voor.¹³⁸⁰ Het misbruikvereiste wordt in het Gewijzigd Ontwerp een zelfstandige vereiste, omschreven als *“het bevorderen van de totstandkoming van een rechtshandeling, terwijl de wetenschap van de misbruiker hem daarvan zou behoren te weerhouden”*. Door de vervanging van het woord *bewogen* door *bevorderen* wordt ook duidelijk dat misbruik aanwezig kan zijn, wanneer de misbruiker een passieve rol speelt.¹³⁸¹

2. Misbruik van omstandigheden - Artikel 3:44(4) N.B.W.

a. Situering

454. *Wilsgebrek* – Met de invoering van het N.B.W. werd aan het misbruik van omstandigheden definitief een wettelijke grondslag gegeven. Misbruik van omstandigheden wordt als wilsgebrek, samen met bedrog en bedreiging, erkend en gesanctioneerd in artikel 44 van Boek 3 (Vermogensrecht in het algemeen) N.B.W.¹³⁸² Artikel 3:44(4) N.B.W. bepaalt als volgt: *“Misbruik van omstandigheden*

¹³⁷⁸ Zie ook LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 45; PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 239-240. Over de opportuniteit van de oorzaak-constructie ter bestrijding van misbruik van omstandigheden, zie RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 164 e.v.

¹³⁷⁹ Zie ook LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 142.

¹³⁸⁰ G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeel? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 159; J.M. VAN DUNNÉ, “Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3:44 BW”, in X. (ed.), *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, 1992, (85) 88.

¹³⁸¹ LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 143.

¹³⁸² ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 204; G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeel? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van

is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand, of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.” Ook in het Nederlandse recht wordt gewezen op de raakvlakken die er bestaan tussen het misbruik van omstandigheden en de andere vernietigingsgronden (wilsgebreken).¹³⁸³

b. Voorwaarden

455. *Overzicht* – Traditioneel wordt aangenomen dat drie voorwaarden vervuld moeten zijn, opdat er sprake kan zijn van misbruik van omstandigheden in het Nederlandse recht: (i) bijzondere omstandigheden, (ii) een causaal verband tussen de omstandigheden en de totstandkoming van de rechtshandeling en (iii) misbruik van de bijzondere omstandigheden.¹³⁸⁴ De meeste aandacht ging in de loop der jaren echter uit naar de vraag of benadeling een noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van misbruik van omstandigheden.

i. Bijzondere omstandigheden

456. *Indeling in twee categorieën* – De omstandigheden waarvan er sprake is in artikel 3:44(4) N.B.W. zijn niet exhaustief en worden traditioneel onderverdeeld in twee categorieën.¹³⁸⁵ De eerste categorie omvat de omstandigheden die wijzen op een *dwangpositie* (noodtoestand, economisch overwicht, ...). Het betreffen situaties waarin een partij genoodzaakt is om te contracteren. De inhoud van de overeenkomst wordt dan ook in belangrijke mate door de wederpartij vastgelegd.¹³⁸⁶ In een tweede categorie worden de gevallen van *geestelijk overwicht* ondergebracht. Het betreft die omstandigheden waarin iemand die veelal door psychische factoren niet bij machte is om zijn (zakelijke) belangen naar behoren te behartigen, door een wederpartij met geestelijk overwicht tot contracteren wordt aangezet, terwijl hij anders niet of onder andere voorwaarden zou hebben gecontracteerd.¹³⁸⁷ Het onderscheid tussen beide categorieën is niet steeds even scherp te maken. Soms kan er derhalve zowel sprake zijn van economisch als van geestelijk overwicht.¹³⁸⁸ In dat opzicht wordt door HARTKAMP ook toegejuicht dat de wet alle gevallen van misbruik van omstandigheden in

omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 156; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51. Zie in die zin ook reeds W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2483-2484. Vergelijk J.L.P. CAHEN, *Misbruik van omstandigheden*, 1983, 2-3.

¹³⁸³ Zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 205-207.

¹³⁸⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 205 e.v.

¹³⁸⁵ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 206; G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeelis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 157; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51. In andere zin, LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 147, die volgende driedeling vooropstelt: (i) misbruik van economisch overwicht, (ii) misbruik van noodtoestand en (iii) misbruik van geestelijk overwicht.

¹³⁸⁶ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 206; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51.

¹³⁸⁷ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 205; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51.

¹³⁸⁸ Zie bv. HR 5 februari 1999, 652, noot PAS, AA 2000, 730, noot J.M. VAN DUNNÉ. Zie tevens ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 207-208; J.M. VAN DUNNÉ, “Misbruik van economische machtspositie op de werkvloer en de eis van benadeling in artikel 3:44 BW”, (noot onder HR 5 februari 1999), AA 2000, (730) 737.

één algemene omschrijving opneemt en aan dezelfde voorwaarden onderwerpt.¹³⁸⁹ Bij de beoordeling van misbruik van omstandigheden dienen alle omstandigheden van een concreet geval in onderling verband en in samenhang te worden beoordeeld door de rechter.¹³⁹⁰

457. *Misbruik van economische machtspositie* – Contractuele verhoudingen waar er sprake is van een economisch overwicht, situeren zich doorgaans in een gans andere context dan contractuele verhoudingen waarbij één der partijen een geestelijk overwicht heeft op de andere.¹³⁹¹ RUITINGA waarschuwt voor een te grote vereenvoudiging van de verhoudingen op de economische markt door de machtige onderneming al te vaak op ongenueanceerde wijze tegenover de hulpeloze consument te plaatsen. Desalniettemin wijst deze auteur erop dat de consument zich ten gevolge van toenemende machtsvorming door ondernemingen op de markt, vaak in een positie zonder echte onderhandelingsmogelijkheid bevindt. Deze situaties waarin er veelal sprake is van economisch overwicht, kunnen door de sterkere partij worden aangegrepen om in het contract voorwaarden op te nemen die een onevenredige lastenverdeling tussen de partijen met zich meebrengt.¹³⁹²

458. *Bijzondere omstandigheden* – Uit het feit dat de wetgever spreekt over *bijzondere* omstandigheden, werd door één enkele auteur afgeleid dat algemene of normale omstandigheden geen aanleiding kunnen geven tot nietigverklaring.¹³⁹³ De Hoge Raad heeft nadien echter verduidelijkt dat uit de bewoordingen *bijzondere omstandigheden* niet mag worden afgeleid dat de rechtsfiguur misbruik van omstandigheden niet zou kunnen worden toegepast op omstandigheden die zich in de praktijk vaker voordoen.¹³⁹⁴

ii. Causaal verband tussen bijzondere omstandigheden en totstandkoming

459. *Causaal verband tussen de omstandigheden en de totstandkoming* – Naast het vereiste van bijzondere omstandigheden dient tevens een oorzakelijk verband te bestaan tussen de bijzondere omstandigheden waarin het slachtoffer zich bevindt, en het sluiten van de overeenkomst. Vereist is dat het slachtoffer door de omstandigheden tot het sluiten van de overeenkomst, althans met die inhoud, werd bewogen.¹³⁹⁵ HARTKAMP bekritiseert de stelling dat er een oorzakelijk verband dient te bestaan tussen de overeenkomst en *het misbruik* van de omstandigheden. Hij stelt dat het misbruik van de

¹³⁸⁹ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 208. In andere zin: J.M. VAN DUNNÉ, “Misbruik van economische machtspositie op de werkvloer en de eis van benadeling in artikel 3:44 BW”, (noot onder HR 5 februari 1999), AA 2000, (730) 731.

¹³⁹⁰ HR 9 januari 2004, NJ 2004, 1137, conclusie P-G HARTKAMP.

¹³⁹¹ RUITINGA, die zich in zijn proefschrift toespitste op het misbruik van economisch overwicht, omschrijft de problematiek van misbruik van economische machtspositie kernachtig als volgt: “*Bij economisch overwicht gaat het om rechtsverkeer dat zich afspeelt tegen de macro-economische achtergrond van een open maatschappij: van het multinationale olieconcern tot het lokale garagebedrijf, van wetgever tot consumentenbond, van monopolie tot 'countervailing power'. Hoe kan de rechter op een geloofwaardige en herkenbare wijze beoordelen of door partijen, die elkaar ergens in dat maatschappelijke spanningsveld hebben ontmoet, bij het contracteren een aanvaardbaar gebruik is gemaakt van hun economische macht? Dat is de essentie van de problematiek van economisch overwicht.*” (RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 148).

¹³⁹² RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 148-149.

¹³⁹³ P.A. STEIN, “Misbruik van omstandigheden in het Ontwerp-B.W.”, NJ 1972, (121) 122.

¹³⁹⁴ HR 5 februari 1999, NJ 1999, 652, noot PAS, AA 2000, 730, noot J.M. VAN DUNNÉ. Met dit arrest bevestigt de Hoge Raad de eerder geformuleerde visie van een aantal auteurs. Zie o.m. A.R. BLOEMBERGEN, “Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W.”, WPNR 1972, (425) 426; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 143. Zie in dit verband tevens ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210.

¹³⁹⁵ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 209; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 159.

omstandigheden niet de invloed is die tot het sluiten van de overeenkomst leidt, maar samenvalt met het sluiten van de overeenkomst.¹³⁹⁶

iii. Misbruikvereiste

460. *Kennis van de bijzondere omstandigheden* – Als derde voorwaarde voor misbruik van omstandigheden wordt vereist dat de wederpartij misbruik maakt van de omstandigheden waarin een partij zich op het ogenblik van het stellen van de rechtshandeling bevindt. Misbruik is overeenkomstig artikel 3:44(4) N.B.W. aanwezig, indien de wederpartij, die wist of behoorde te weten dat de andere partij door bijzondere omstandigheden tot contractsluiting wordt bewogen, deze contractsluiting bevordert, hoewel hetgeen hij wist of behoorde te weten, hem van contractsluiting had moeten doen afzien.¹³⁹⁷ De Hoge Raad oordeelde dat volgende maatstaf wordt gehanteerd: van misbruik van omstandigheden is er sprake, indien (i) de partij wist of had moeten begrijpen dat zijn medecontractant door bijzondere omstandigheden bewogen werd tot het geven van instemming, en (ii) die partij (desalniettemin) de instemming van de medecontractant bevorderde, terwijl hetgeen hij wist of had moeten begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden.¹³⁹⁸

Het misbruikvereiste houdt bijgevolg in dat de wederpartij kennis had van de bijzondere omstandigheden waarin de andere partij zich bevond.¹³⁹⁹ Het is evenwel niet vereist dat de wederpartij de situatie of de voor de andere partij uit de overeenkomst voortvloeiende nadelen tot in alle details kent.¹⁴⁰⁰ Voor misbruik van omstandigheden is evenmin vereist dat de rechtshandeling tot stand komt op initiatief van de wederpartij. Ook indien de partij die onder invloed van bijzondere omstandigheden contracteerde het initiatief neemt, kan de overeenkomst vernietigd worden op basis van misbruik van omstandigheden.¹⁴⁰¹ Daarmee is echter niet gesteld dat de rechter geen belang mag hechten aan het feit dat de wederpartij de rechtshandeling initieerde.¹⁴⁰²

iv. Benadeling als vierde voorwaarde?

461. *Afwezigheid van benadelingsvereiste* – In de Nederlandse doctrine is veel aandacht besteed aan de vraag of de benadeling een noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van misbruik van

¹³⁹⁶ HR 29 mei 1964, NJ 1965, 104 (impliciet); ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210.

¹³⁹⁷ Zie art. 3:44(4) N.B.W. Zie ook ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210; H.B. KRANS, "Misbruik van omstandigheden", *NbBW* 2004, (50) 51.

¹³⁹⁸ HR 5 februari 1999, NJ 1999, 652, noot PAS, AA 2000, 730, noot J.M. VAN DUNNÉ. Zie ook A.C. SCHAICK, T. HARTLIEF en C.E. DU PERRON, *Wet en rechtspraak burgerlijk wetboek, Boeken 3, 5 en 6*, 2007, 58. LEBENS-DE MUG stelt dat de invulling van het misbruikvereiste als "het bevorderen van het verrichten van een rechtshandeling, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan had behoren te weerhouden" te zwak is. Deze auteur pleit voor een belangenafweging als centrale rol bij het begrip misbruik: "Misbruik is aanwezig, indien iemand terwijl hij kennis draagt van de omstandigheden waarin de ander verkeert en van het nadeel dat de rechtshandeling voor die ander oplevert in redelijkheid, gezien de wederzijdse belangen, niet tot het bevorderen van die rechtshandeling had kunnen komen." Zie LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 149 e.v. en 161. In dezelfde zin J.A.M. SMULDERS, "Gebruik en misbruik van omstandigheden", *WPNR* 1977, (177) 180-181.

¹³⁹⁹ Zie o.m. RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 207.

¹⁴⁰⁰ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210.

¹⁴⁰¹ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210; H.B. KRANS, "Misbruik van omstandigheden", *NbBW* 2004, (50) 52; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 209. Bewust heeft de wetgever gekozen voor de formulering "het totstandkomen van een rechtshandeling bevorderen". Op die manier wordt vermeden dat de indruk wordt gewekt dat het initiatief moet uitgaan van diegene die misbruik heeft gemaakt. Onder *het bevorderen van de rechtshandeling* kan ook de loutere aanvaarding van een verklaring van het slachtoffer door de wederpartij worden gebracht. Zie H.B. KRANS, "Misbruik van omstandigheden", *NbBW* 2004, (50) 52; J.J. NAGELKERKE, "De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest", *WPNR* 1974, (849) 853; M.M. VAN ROSSUM, "Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?", *WPNR* 1996, (659) 661.

¹⁴⁰² Zie bv. HR 9 januari 2004, NJ 2004, 141. Zie tevens H.B. KRANS, "Misbruik van omstandigheden", *NbBW* 2004, (50) 52.

omstandigheden. In het ontwerp-MEIJERS werd de benadeling als constitutief element opgenomen, met de opmerking in de Toelichting dat het nadeel veelal van stoffelijke aard zal zijn, doch niet noodzakelijk daartoe beperkt blijft.¹⁴⁰³ In het gewijzigd ontwerp werd dit benadelingsvereiste weggelaten.¹⁴⁰⁴ Artikel 3:44(4) N.B.W. bevat dan ook geen verwijzing naar benadeling of een wanverhouding tussen de contractuele prestaties.¹⁴⁰⁵ Niet de ongelijkwaardigheid van de contractuele inhoud is immers de grondslag voor de aantasting van de overeenkomst, maar wel de ongelijkwaardige wijze van haar totstandkoming.¹⁴⁰⁶

462. *Rechtspraak Hoge Raad* – De afwezigheid van een benadelingsvereiste kan tevens worden afgeleid uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Door de Hoge Raad werd er in het BOVAG II-arrest reeds op gewezen dat de benadeling geen voldoende voorwaarde is om tot de toepassing van misbruik van omstandigheden te besluiten.¹⁴⁰⁷ Dat benadeling voor de Hoge Raad evenmin een noodzakelijke vereiste bleek te zijn, kan uit verschillende arresten van latere datum worden afgeleid. De Hoge Raad interpreteerde het benadelingsvereiste immers dermate ruim dat daaronder alle voor de onder druk gezette contractpartij verbonden nadelen begrepen worden, ongeacht waarin deze nadelen ook mogen bestaan.¹⁴⁰⁸ Hieruit volgt dat de benadeling begrepen als een onevenwicht tussen de contractuele prestaties, praktisch geheel kan ontbreken, indien het misbruik van omstandigheden maar voldoende ernstig gewild en determinerend was voor de contractsluiting.¹⁴⁰⁹ De Hoge Raad bevestigde deze visie in 1999 stellende dat “*artikel 3:44 BW niet de eis stelt dat de rechtshandeling tot een nadeel heeft geleid*”.¹⁴¹⁰

463. *Kritiek vanuit de doctrine* – Gelet op bovenstaande rechtspraak van de Hoge Raad dient voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden bijgevolg niet te worden aangetoond dat de handelende persoon benadeeld werd.¹⁴¹¹ Niet alle auteurs nemen dit echter aan. ABAS bekritiseert deze rechtspraak en stelt dat voor het welslagen van een beroep op misbruik van omstandigheden een nadeel

¹⁴⁰³ M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting*, III, 1954, 192-193. Zie ook LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 140-141; PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 240-241.

¹⁴⁰⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210; G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeeleis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 159-160; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51; M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 661.

¹⁴⁰⁵ W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 1484.

¹⁴⁰⁶ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, 1979, 132; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2484.

¹⁴⁰⁷ HR 11 januari 1957, *NJ* 1958, 113, met conclusie LANGEMEIJER en noot H.B.

¹⁴⁰⁸ HR 29 mei 1964, *NJ* 1965, nr. 14, met conclusie LANGEMEIJER en noot G.J.S.; HR 13 juni 1975, *NJ* 1976, nr. 98, met conclusie BERGER en noot G.J.S. Zie tevens G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeeleis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 159; H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51; RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 167 en 172; H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, 1986, 145; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2484. Vergelijk P. ABAS, “Nadeel bij misbruik van omstandigheden”, *WPNR* 1999, (599) 600; LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 51. Eerder reeds in dezelfde zin, A.R. BLOEMBERGEN, “Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W.”, *WPNR* 1972, (425) 426.

¹⁴⁰⁹ Zie G.S.J., noot onder Hoge Raad 13 juni 1975, *NJ* 1976, nr. 98 en noot onder Hoge Raad 29 mei 1964, *NJ* 1965, nr. 104.

¹⁴¹⁰ HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652, noot PAS, AA 2000, 730, noot VAN DUNNÉ. Zie ook G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeeleis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 160.

¹⁴¹¹ H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51. Zie tevens VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 130.

wel degelijk vereist is, maar dat het onder omstandigheden ook mag bestaan uit een onstoffelijk of subjectief nadeel.¹⁴¹² Volgens LEBENS-DE MUG is er sprake van *objectief nadeel*, indien de rechtshandeling een te eenzijdige financieel-economische last op de handelende legt, bijvoorbeeld door het ontbreken van een tegenprestatie, door de ongelijkheid van de wederzijdse prestaties of door belastende exoneratiebedingen. *Subjectief nadeel* is dan al datgene waardoor men in een ongunstigere positie geraakt, zonder dat dit evenwel in geld kan worden uitgedrukt. Deze auteur pleit ervoor de benadeling, die zowel uit een objectief nadeel als een subjectief nadeel kan bestaan, als constituerende factor op te nemen bij misbruik van omstandigheden.¹⁴¹³

Sommige auteurs menen in dat verband dat de wetgever ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen misbruik van geestelijk overwicht en misbruik van economisch overwicht. De hantering van het nadeelsvereiste zou het belang van dit onderscheid onderstrepen, in die zin dat het vereiste van financieel nadeel enkel gesteld zou moeten worden bij misbruik van economische macht.¹⁴¹⁴ Het voordeel aan dit onderscheid bestaat volgens VAN DUNNÉ in de mogelijkheid om aan misbruik van geestelijk overwicht naar Engels recht het vermoeden van misbruik te koppelen. Bij misbruik van economisch overwicht zou dit eveneens mogelijk zijn, bijvoorbeeld in geval van bovenmatige benadeling.¹⁴¹⁵

464. *Bijrol voor de benadeling* – Dat benadeling niet als een afzonderlijke voorwaarde voor het misbruik van omstandigheden vereist is, betekent niet dat benadeling geen enkele rol speelt bij misbruik van omstandigheden.¹⁴¹⁶ Indien er sprake is van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, voedt dat het rechterlijke vermoeden dat er sprake is van bijzondere omstandigheden, dat er een causaal verband bestaat tussen die omstandigheden en de contractsluiting en dat de wederpartij behoorde te weten, op grond van hetgeen hij wist of moest weten, dat hij zich van het bevorderen van de overeenkomst diende te onthouden.¹⁴¹⁷ Een nadeel is bijgevolg niet vereist, maar kan in sommige gevallen wel een belangrijke rol spelen om de andere voorwaarden in te kleuren.¹⁴¹⁸

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt trouwens dat het nadeelsvereiste vervat ligt in het *weten of moeten begrijpen*-vereiste, aangezien daartoe ook behoort het bekend zijn met het nadeel dat de wederpartij lijdt. Ook in artikel 3:54 N.B.W. is het vereiste blijven bestaan: indien men het nadeel

¹⁴¹² P. ABAS, “Nadeel bij misbruik van omstandigheden”, *WPNR* 1999, (599) 6; J.J. NAGELKERKE, “De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest”, *WPNR* 1974, (849) 853; J.A.M. SMULDERS, “Gebruik en misbruik van omstandigheden”, *WPNR* 1977, (177) 178. Zie over de invulling van het benadelingsvereiste tevens RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 167 e.v. Over het onderscheid tussen objectief nadeel en subjectief nadeel, zie tevens M.M. VAN ROSSUM, “Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium?”, *WPNR* 1996, (659) 660.

¹⁴¹³ LEBENS-DE MUG, *Misbruik van omstandigheden*, 1981, 155-156 en 161. Eerder in dezelfde zin, A.R. BLOEMBERGEN, “Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W.”, *WPNR* 1972, (425) 426.

¹⁴¹⁴ J.M. VAN DUNNÉ, “Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3:44 BW”, in X. (ed.), *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, 1992, (85) 92. Zie ook RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 167 e.v.

¹⁴¹⁵ J.M. VAN DUNNÉ, “Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3:44 BW”, in X. (ed.), *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, 1992, (85) 94.

¹⁴¹⁶ W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2484-2485.

¹⁴¹⁷ J.H. NIEUWENHUIS, *Drie beginselen van contractenrecht*, 1979, 132. Zie evenwel G.J.S. die in zijn noot onder HR 20 januari 1978 benadrukt dat het element *nadeel* niets zegt in geval van een schenking. *Nadeel* is dat in geval geen aanwijzing voor misbruik, aangezien bij een schenking juist iets gegeven wordt (G.J.S., noot onder HR 20 januari 1978, *NJ* 1978, (797) 797). In dezelfde zin, G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeels? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STUNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en naar Nederlands recht*, 2002, (155) 161-162; H.C.F. SCHOORDIJK, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, 1986, 146.

¹⁴¹⁸ Zie bv. HR 5 februari 1999, *NJ* 1999, 652, noot PAS, AA 2000, 730, noot VAN DUNNÉ. Zie tevens H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, (50) 51. Zie in die zin tevens ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 210-211.

op afdoende wijze opheft aan de zijde van de wederpartij, is deze laatste niet langer bevoegd om zich op misbruik van omstandigheden te beroepen.¹⁴¹⁹

c. Procedurele aspecten en sanctionering

465. *Uitgaand van een derde* – Artikel 3:44(5) N.B.W. bepaalt als volgt: “Indien een verklaring is tot stand gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, kan op dit gebrek geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.” Overeenkomstig deze bepaling wordt ook het geval erkend waarin een derde misbruik van omstandigheden heeft gepleegd. In dat geval geldt evenwel als bijkomende voorwaarde voor een succesvol beroep op misbruik van omstandigheden dat de wederpartij daarmee bekend was.¹⁴²⁰

466. *Bewijslast* – De bewijslast van de voorwaarden voor misbruik van omstandigheden ligt bij diegene die zich op misbruik van omstandigheden beroept.¹⁴²¹ Wel is HARTKAMP er voorstander van om de bewijslast om te keren in situaties waarin er een aanzienlijke kans bestaat dat er van misbruik van omstandigheden sprake is.¹⁴²² In gelijkaardige zin werd door sommige auteurs ook reeds gepleit voor het aannemen van een vermoeden van misbruik van omstandigheden in bepaalde omstandigheden.¹⁴²³

467. *Sanctionering* – Krachtens artikel 3:44(1) N.B.W. is een rechtshandeling welke door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, vernietigbaar. Een vernietigbare rechtshandeling wordt in het Nederlandse recht vernietigd hetzij door een buitengerechtelijke verklaring, hetzij door een rechterlijke uitspraak.¹⁴²⁴ Artikel 3:54 N.B.W. voorziet wel in de mogelijkheid om de nietigheidssanctie te vervangen door een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling, d.i. een conversie.¹⁴²⁵

C. Het Duitse recht

1. Wucherische en Wucherähnliche Rechtsgeschäfte (§ 138, par. 1 en 2 BGB)

468. *Inleidend* – Overeenkomstig §138, par. 1 BGB is een rechtshandeling die strijdig is met de goede zeden, nietig. Met deze bepaling wordt een minimaal respect voor de (ethische) grondbeginselen afgedwongen in het Duitse recht.¹⁴²⁶ Een bijzondere toepassing van dit algemene

¹⁴¹⁹ J.M. VAN DUNNÉ, “Macht en onmacht bij het contracteren: ‘economische dwang’ en art. 3:44 BW”, in X. (ed.), *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.A. Stein*, 1992, (85) 90.

¹⁴²⁰ RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 207-208.

¹⁴²¹ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 212.

¹⁴²² ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 213.

¹⁴²³ R.P.J.L. TJITTES, “Ongeschreven zorgplichten van de schuldeiser jegens de aspirant-borg bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht”, *WPNR* 2001, afl. 6442, (347) 353, aangehaald door ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 213.

¹⁴²⁴ Art. 3:49 N.B.W.

¹⁴²⁵ Art. 3:54 N.B.W.: “1. De bevoegdheid om ter vernietiging van een meerzijdige rechtshandeling een beroep te doen op misbruik van omstandigheden vervalt, wanneer de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling voorstelt, die het nadeel op afdoende wijze opheft. 2. Bovendien kan de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.”

¹⁴²⁶ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 181. In dezelfde zin, R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 438.

voorschrift is neergelegd in §138, par. 2 BGB.¹⁴²⁷ Dit artikel bevat een – met de gekwalificeerde benadeling vergelijkbare – rechtsfiguur, die in het Duitse recht *Wucher* wordt genoemd.¹⁴²⁸ Deze bepaling werd in het verleden vaak toegepast bij overdreven rentes in (consumenten)kredietovereenkomsten.¹⁴²⁹

469. §138, par. 1 en 2 BGB – “(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.”¹⁴³⁰

470. *Verhouding tussen §138, par. 1 en par. 2 BGB* – Uit de term *insbesondere* vloeit voort dat woeker zoals neergelegd in §138, par. 2 BGB, een toepassingsgeval uitmaakt van een strijdigheid met de goede zeden.¹⁴³¹ Indien de toepassingsvoorwaarden voor woeker vervuld zijn¹⁴³², heeft deze bijzondere toepassing voorrang boven de algemene bepaling van §138, par. 1 BGB.¹⁴³³ De vraag rijst of bij het niet-vervuld zijn van alle toepassingsvoorwaarden voor woeker, men alsnog kan terugvallen op de algemene bepaling van §138, par. 1 BGB. De Duitse rechtspraak lijkt daarmee in te stemmen, doch koppelt hieraan bepaalde voorwaarden.¹⁴³⁴

2. §138, par. 2 BGB: Wucher

471. *Toepassingsvoorwaarden* – De bepaling inzake woeker werd in het Duitse recht ingevoerd teneinde personen die zich in een zwakke positie bevinden, te beschermen tegen uitbuiting.¹⁴³⁵ De koppeling van deze bepaling aan de algemene regel van §138, par. 1 BGB, geeft aan dat de grondslag van deze bepaling gelegd wordt in een strijdigheid met de goede zeden.¹⁴³⁶ Voor de toepassing van §138, par. 2 BGB dienen drie voorwaarden vervuld te zijn. Er dient een manifeste wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties voor te liggen. Daarnaast moet er in hoofde van de benadeelde partij sprake zijn van één van de bijzondere omstandigheden, vermeld in §138, par. 2 BGB. Tot slot

¹⁴²⁷ Zie D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 308. Woeker wordt daarenboven ook strafbaar gesteld in §291 StGB. Zie R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 441; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 300.

¹⁴²⁸ Het Duitse woord *Wucher* wordt door het van Dale Groot woordenboek Duits-Nederlands vertaald als *woeker*. *Woeker* wordt door het van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal (2005) omschreven als “*onwettige winst verkrijgen door misbruik te maken van iemand anders nood en verlegenheid*”. In het Duitse recht wordt woeker onder bepaalde voorwaarden ook strafbaar gesteld onder §291 Strafgesetzbuch. Zie R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 441; K. RÜHLE, *Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, 1978, 17-18.

¹⁴²⁹ Zie o.m. D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 308-309; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 129-130; K. RÜHLE, *Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, 1978, 13;

¹⁴³⁰ Voor een blik op de totstandkoming van deze bepaling, zie K. RÜHLE, *Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, 1978, 27 e.v.

¹⁴³¹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 441; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 184; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 308; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 330; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 149.

¹⁴³² *Infra*, nrs. 471-474.

¹⁴³³ H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 330; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 299-300.

¹⁴³⁴ *Infra*, nr. 477.

¹⁴³⁵ H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 149.

¹⁴³⁶ Zie o.m. de volgende rechtsvergelijkende analyses: STEIN, *Misbruik van omstandigheden*, 1957, 59 e.v.; VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 82.

moet de wederpartij misbruik hebben gemaakt van deze bijzondere omstandigheid in hoofde van diens medecontractant.¹⁴³⁷

472. *Buitensporige wanverhouding tussen de hoofdprestaties* – Het vereiste van een buitensporige wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties impliceert dat woeker enkel kan worden ingeroepen bij de totstandkoming van een wederkerige overeenkomst.¹⁴³⁸ Er is sprake van een *wanverhouding* tussen de hoofdprestaties, indien de objectieve waarde (d.i. de marktprijs van een hoofdprestatie) niet overeenstemt met deze van de tegenprestatie.¹⁴³⁹ Enkel de objectieve waarde van de hoofdprestaties wordt in rekening gebracht, dit terwijl de persoonlijke waardehechting door één van de contractpartijen aan één van de hoofdprestaties buiten beschouwing wordt gelaten.¹⁴⁴⁰ Het persoonlijke belang dat één van de contractpartijen hecht aan een prestatie kan daarentegen wel bij de beoordeling van het misbruik van de bijzondere omstandigheid (d.i. het subjectieve element) aan bod komen.¹⁴⁴¹ Voor de beoordeling van de waarde van de hoofdprestaties dient de rechter zich te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting.¹⁴⁴²

Daarenboven is vereist dat de wanverhouding tussen de hoofdprestaties *buitensporig* is. Er wordt hiertoe in de wet zelf geen vaststaand criterium vooropgesteld. Bij de beoordeling van dit buitensporige karakter moet rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak.¹⁴⁴³ In de rechtspraak en de doctrine wordt vaak als richtlijn aangehaald dat een buitensporige wanverhouding zich voordoet, indien de waarde van een hoofdprestatie dubbel zo hoog is als de waarde van de tegenprestatie.¹⁴⁴⁴

473. *Bijzondere omstandigheden* – Naast het vereiste van de buitensporige wanverhouding tussen de hoofdprestaties, dient de rechtshandeling daarenboven door uitbuiting van een dwangpositie, onervarenheid, een gebrek aan beoordelingsvermogen of een aanzienlijke wilszwakte tot stand

¹⁴³⁷ F.J. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1 Allgemeiner Teil*, 2001, 1403. Zie in dit verband ook DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 75.

¹⁴³⁸ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 442; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 330; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; F.J. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1 Allgemeiner Teil*, 2001, 1402-1403. Zie tevens de rechtsvergelijkende analyse door VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 82.

¹⁴³⁹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 442; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188.

¹⁴⁴⁰ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 330; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 301, en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar opgenomen.

¹⁴⁴¹ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 301, en de verwijzingen naar de rechtspraak aldaar opgenomen.

¹⁴⁴² H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 303.

¹⁴⁴³ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 442; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 183; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 308; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 301.

¹⁴⁴⁴ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 442; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 302.

gekomen te zijn.¹⁴⁴⁵ Deze bijzondere omstandigheden die voor woeker in aanmerking komen, worden opgesomd in §138, par. 2 BGB, en wel op limitatieve wijze.¹⁴⁴⁶

Een dwangpositie (*Zwangslage*) ligt voor wanneer een contractpartij dringend behoefte heeft aan een geldelijke of een andere contractuele prestatie.¹⁴⁴⁷ Bij een dwangpositie is snel handelen vereist,¹⁴⁴⁸ en dit om de bedreiging van een bestaand element of het voorvallen van ernstige nadelen te vermijden.¹⁴⁴⁹ De dwangpositie viseert niet enkel situaties van financiële nood. Ook een ernstige gezondheidstoestand kan dergelijke dwangpositie teweegbrengen.¹⁴⁵⁰

Het gebrek aan ervaring (*Unerfahrenheit*) heeft betrekking op het gebrek aan levens- of handelingservaring¹⁴⁵¹, dat ertoe leidt dat de betrokkene niet in staat is om de voor- en nadelen van een rechtshandeling af te wegen.¹⁴⁵² Aangenomen wordt dat de bijzondere omstandigheid van gebrek aan ervaring niet voorligt, wanneer een partij enkel omtrent één bepaald levens- of kennisgebied geen ervaring of kennis heeft.¹⁴⁵³ Deze bijzondere omstandigheid valt vooral voor bij jeugdige of geestesgestoorde personen.¹⁴⁵⁴ Ook in geval van buitenlanders en immigranten die het westerse rechts- en economische systeem onvoldoende beheersen, wordt deze bijzondere omstandigheid aanvaard.¹⁴⁵⁵

Een gebrek aan beoordelingsvermogen (*Mangel an Urteilsvermögen*) ligt voor, wanneer een contractpartij de betekenis van de concrete rechtshandeling, in het bijzonder de waarde van de contractuele hoofdprestaties en de verhouding tussen beiden, onvoldoende kan inschatten.¹⁴⁵⁶ De loutere onwetendheid omtrent de nadelen van een overeenkomst is hiertoe onvoldoende. Er wordt veeleer gedoeld op het gebrek aan bekwaamheid tot beoordeling, bijvoorbeeld op grond van (voorlopige) geesteszwakte of algemene zorgeloosheid.¹⁴⁵⁷ Evenwel wordt in geval van een

¹⁴⁴⁵ In de oorspronkelijke wettekst van §138, par. 2 BGB werd enkel bescherming geboden tegen het misbruik van een noodtoestand (*Notlage*), lichtzinnigheid (*Leichtsinn*) of onervarenheid (*Unerfahrenheit*). De wettekst werd evenwel in 1976 aangepast. Dankzij deze aanpassing stemt de formulering van het privaatrechtelijke §138, par. 2 BGB overeen met de regeling van §291 StGB. Zie R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 300.

¹⁴⁴⁶ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154.

¹⁴⁴⁷ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 185; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 309.

¹⁴⁴⁸ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 310.

¹⁴⁴⁹ H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331.

¹⁴⁵⁰ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 309-310.

¹⁴⁵¹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 185; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 332; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 155.

¹⁴⁵² H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 332; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 310.

¹⁴⁵³ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 155; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 311-312.

¹⁴⁵⁴ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 155; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 311.

¹⁴⁵⁵ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 311.

¹⁴⁵⁶ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 185; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 332; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 312.

¹⁴⁵⁷ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 188.

ingewikkelde rechtshandeling aangenomen dat ook een normaal begaafd en ervaren persoon niet beschikt over het noodzakelijke beoordelingsvermogen.¹⁴⁵⁸

De aanzienlijke wilsszwakte (*Erhebliche Willensschwäche*) houdt tot slot in dat de betrokken contractpartij weliswaar in staat is om de omvang en de betekenis van de rechtshandeling op zich in te schatten, maar niet de wilskracht heeft om zijn gedrag dienovereenkomstig te sturen. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn bij alcohol- en drugsverslaafden.¹⁴⁵⁹

474. *Vereiste van uitbuiting* – Uitbuiting van één van bovenstaande bijzondere omstandigheden is aanwezig, wanneer de bevoordeelde partij één van deze omstandigheden ten nutte maakt, terwijl hij kennis heeft van de bijzondere omstandigheid in hoofde van de medecontractant alsmede van de buitensporige wanverhouding tussen beide prestaties.¹⁴⁶⁰ De vraag of het uitbuittingsvereiste ook inhoudt dat het initiatief tot de contractsluiting moet uitgaan van de misbruiker, wordt echter negatief beantwoord.¹⁴⁶¹ Het uitbuittingsvereiste blijkt in de praktijk echter moeilijk te bewijzen. Door de rechtspraak wordt hiertoe dan ook een bewijslastverlichting toegestaan. Indien een bijzonder grote wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties vaststaat, dan wordt daaruit afgeleid dat de begunstigde de bijzondere omstandigheid in hoofde van de medecontractant heeft uitgebuit.¹⁴⁶²

3. §138, par. 1 BGB

a. Rechtshandelingen in strijd met de goede zeden

475. *Invulling goede zeden* – Voor de invulling van het begrip goede zeden wordt verwezen naar de rechts- en fatsoensnorm van alle redelijke en billijke burgers.¹⁴⁶³ Met een verwijzing naar de redelijkheid en de billijkheid wordt tot uiting gebracht dat een rechtshandeling getoetst wordt aan de gemiddelde opvatting van de groep waartoe de handelende persoon behoort.¹⁴⁶⁴ Voor de concretisering van het begrip goede zeden moeten ook de ordeningsprincipes en waardemaatstaven van de maatschappelijke rechtsorde in aanmerking worden genomen.¹⁴⁶⁵ Het begrip goede zeden omsluit dan ook de openbare orde.¹⁴⁶⁶ In ieder geval moet benadrukt worden dat het begrip goede zeden een

¹⁴⁵⁸ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 313.

¹⁴⁵⁹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 189; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 138; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 332; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 155; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 313.

¹⁴⁶⁰ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 445; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 184; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 189; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 139; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 155.

¹⁴⁶¹ H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 184; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 189. Zie ook de rechtsvergelijkende analyse door VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 82.

¹⁴⁶² R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 445; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 314.

¹⁴⁶³ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 448; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 179; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 181; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 126; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 333; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 151; F.J. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil*, 2001, 1356.

¹⁴⁶⁴ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 448; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 179; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 182; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 127.

¹⁴⁶⁵ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 182.

¹⁴⁶⁶ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 182; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 127.

evolutief karakter vertoont.¹⁴⁶⁷ Voor de beoordeling van een rechtshandeling dient de rechter zich te plaatsen op het ogenblik van de totstandkoming van de rechtshandeling.¹⁴⁶⁸

Of een rechtshandeling strijdig is met de goede zeden, wordt concreet beoordeeld door een globale waardebeoordeling door te voeren. Daarbij moeten de inhoud en de begeleidende omstandigheden (bv. de tijdsdruk) van de rechtshandeling, de gevolgen alsook de uitvoering, de beweegredenen en de doeleinden van de betrokkenen in overweging worden genomen.¹⁴⁶⁹ Of de partijen zich bewust waren van de strijdigheid met de goede zeden, wordt als onbelangrijk beschouwd. Wel is het noodzakelijk dat de partijen de omstandigheden die ertoe leidden dat de rechtshandeling strijdig is met de goede zeden, kenden.¹⁴⁷⁰

476. *Toepassingsgevallen* – De mogelijke strijdigheden met de goede zeden zijn zo talrijk en de vaststelling ervan hangt van zoveel factoren af, dat een omvattende voorstelling van de toepassingsgevallen niet zinvol is. Daarom deelt de Duitse rechtsleer de toepassingsgevallen in een aantal niet-limitatieve categorieën in.¹⁴⁷¹ Een eerste categorie van toepassingsgevallen betreft die rechtshandelingen die hun grondslag vinden in een misbruik van machtspositie door één van de partijen. De beoordeling van de geldigheid van deze rechtshandelingen wordt hier beïnvloed door het mededingingsrecht.¹⁴⁷² Een tweede categorie betreft die rechtshandelingen waarbij derden of de maatschappij in gevaar worden gebracht. Daarnaast worden ook de overeenkomsten die de vrijheid van één van de partijen op een niet-gerechtigde wijze beperken, geïndiceerd.¹⁴⁷³ Tot slot worden ook de rechtshandelingen die een onbeperkt concurrentieverbod inhouden, als ongeoorloofd beschouwd alsmede die rechtshandelingen die ingaan tegen de seksuele moraal.¹⁴⁷⁴

b. Wucherähnliche Rechtsgeschäfte

477. *Versoepelde toepassing van §138, par. 2 BGB* – §138, par. 1 BGB kan in bepaalde gevallen ook als vangnet fungeren voor die gevallen van woeker die niet op basis van §138, par. 2 BGB kunnen worden gesanctioneerd wegens het niet-ervuld zijn van alle toepassingsvoorwaarden. Naar deze toepassingsgevallen wordt verwezen met de term *wucherähnliche Rechtsgeschäfte*.¹⁴⁷⁵ Vaak betreft het de subjectieve vereisten, met name het uitbuitingsvereiste en het vereiste van aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid, die niet bewezen kunnen worden. Teneinde een volledige uitholling van

¹⁴⁶⁷ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 448; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 182; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 127; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 334; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 152.

¹⁴⁶⁸ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 439-440; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 180; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 182; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 127; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 331; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 152.

¹⁴⁶⁹ H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 183. Zie in dezelfde zin, R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 449.

¹⁴⁷⁰ H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 180; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 183.

¹⁴⁷¹ H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 181; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 183.

¹⁴⁷² H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 182; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 184.

¹⁴⁷³ H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 172; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 184.

¹⁴⁷⁴ H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 182-183; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 185.

¹⁴⁷⁵ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 185; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 308; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 149 en 154.

§138, par. 2 BGB te vermijden¹⁴⁷⁶, worden voor de vernietiging op basis van § 138, par. 1 BGB bijkomende eisen gesteld. Vereist is dat een buitensporige wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties voorhanden is en dat bijkomende bijzondere omstandigheden aanwezig zijn.¹⁴⁷⁷ Onder deze bijkomende omstandigheden wordt door de rechtspraak begrepen *ofwel* een verwerpelijk gedrag in hoofde van de begunstigde *ofwel* een bijzondere situatie van uitbuitbaarheid aan de zijde van de benadeelde.¹⁴⁷⁸ Valt een situatie bijvoorbeeld niet onder één van de opgesomde bijzondere situaties van §138, par. 2 BGB, dan kan de overeenkomst bijgevolg alsnog vernietigd worden op basis van § 138, par. 1 BGB.¹⁴⁷⁹

Of er daadwerkelijk een subjectieve component in de zin van uitbuiting aanwezig moet zijn voor de toepassing van § 138, par. 1 BGB, is zelfs omstreden. Zo wordt aangenomen dat §138, par. 1 BGB niet vereist dat een partij zich bewust was van de verwerpelijkheid van zijn handelingen.¹⁴⁸⁰ Bij een bijzonder grote wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties wordt die verwerpelijke houding trouwens steeds vaker vermoed.¹⁴⁸¹ Dat alles heeft tot gevolg dat §138, par. 2 BGB minder wordt toegepast en dat partijen zich steeds vaker onmiddellijk beroepen op §138, par. 1 BGB.¹⁴⁸²

4. Rechtsgevolgen

478. *Nietigheid* – Rechtshandelingen die strijdig zijn met §138, par. 1 of 2 BGB, worden met de nietigheid gesanctioneerd.¹⁴⁸³ Wanneer de rechtshandeling evenwel deelbaar is en de strijdigheid met de goede zeden beperkt kan worden tot een deel van de rechtshandeling, kan de partiële nietigheid worden toegepast.¹⁴⁸⁴ De vraag of de overdreven hoofdprestaties gematigd kunnen worden, is omstreden.¹⁴⁸⁵ Vele auteurs wijzen de matigingssanctie af, aangezien de woekeraar in dat geval geen enkel risico meer zou lopen en de sanctie van strijdigheid met de goede zeden geen afschrikkend effect zou vertonen.¹⁴⁸⁶ Wel kan het slachtoffer op basis van §826 BGB of op basis van een *culpa in contrahendo* een schadevergoeding vorderen.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁷⁶ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 453. Zie ook H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 335.

¹⁴⁷⁷ R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 320; F.J. SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil*, 2001, 1392.

¹⁴⁷⁸ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 453; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 185; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 130; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 330; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 154.

¹⁴⁷⁹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 443.

¹⁴⁸⁰ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 455; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 335.

¹⁴⁸¹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 453; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 183; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 309; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 130; H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 335. Zie tevens de rechtsvergelijkende analyse door VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 129.

¹⁴⁸² VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 129.

¹⁴⁸³ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 446 en 456; H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 179; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 186; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 309; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 153.

¹⁴⁸⁴ §139 BGB. Zie ook H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2006, 153.

¹⁴⁸⁵ Zie R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 456-447.

¹⁴⁸⁶ D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 309. Zie ook H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 189. Zie ook H. PALM, in *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, 332; K. RÜHLE, *Das Wucherbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, 1978, 68.

¹⁴⁸⁷ §826 BGB bepaalt als volgt: “Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet”. Zie ook H. BROX en W.-D. WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2006, 181 en 185; H. KÖHLER, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 2006, 187.

D. Initiatieven tot uniformisering van het recht

1. PECL

479. *Misbruik van omstandigheden of buitensporig voordeel* – De PECL bevatten in artikel 4:109 een bepaling die gelijkenissen vertoont met de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.¹⁴⁸⁸ In dit artikel ligt het principe ingebed dat een overeenkomst die voor een partij een buitensporig voordeel oplevert en die een misbruik van omstandigheden inhoudt, vernietigd of aangepast kan worden op verzoek van de benadeelde partij.¹⁴⁸⁹ Wel vindt deze bepaling geen toepassing, indien met de overeenkomst bewust een risico op verlies werd genomen.¹⁴⁹⁰

Voor de toepassing van artikel 4:109 PECL dient de benadeelde partij in zijn hoofde *een zwakheid, een onkundigheid of een nood* te kunnen invoeren. De rechtszekerheid zou al te veel aangetast worden, indien een partij de nietigheid van het contract zou kunnen invoeren, zelfs indien het zeer nadelig is voor hem, indien er geen reden voorligt waarom hij zijn belangen niet beter kon behartigen op het ogenblik van de contractsluiting.¹⁴⁹¹ Daarnaast dient ook een *misbruik* in hoofde van de wederpartij te worden aangetoond. Enkel wanneer de wederpartij wist of moest weten dat de benadeelde partij zich in zo'n situatie bevond dat hij zijn belangen niet kon behartigen, diende de wederpartij oog te hebben voor de belangen van de zwakkere partij. Misbruik ligt dan ook voor, wanneer de tegenpartij weet had van de zwakheid en deze kennis heeft gebruikt om er voordeel uit te halen.¹⁴⁹² Enkel dan kan de vernietiging van het contract bekomen worden. Er anders over oordelen zou opnieuw een te grote aantasting van de rechtszekerheid teweeg brengen.¹⁴⁹³ Tot slot kan artikel 4:109 PECL slechts worden ingeroepen indien het *voordeel* voor de wederpartij *buitensporig* is in vergelijking met de normale prijs of tegenprestatie in dergelijke overeenkomst. Artikel 4:109 PECL is tevens van toepassing, indien de contractuele hoofdprestaties niet onevenwichtig zijn, maar indien de zwakke partij een onredelijk nadeel ondervindt ten gevolge van het contract. Zo kan een overeenkomst onredelijk zijn voor een partij die zich nauwelijks iets kan veroorloven, ook al is de prijs op zich niet

¹⁴⁸⁸ Art. 4:109 PECL: “(1) Een partij kan een overeenkomst vernietigen indien, bij het sluiten van de overeenkomst: (a) zij afhankelijk was van de wederpartij of in een vertrouwensrelatie tot de wederpartij stond, zich in een economische noodtoestand bevond of dringende behoeften had, lichtzinnig, onwetend of onervaren was, of gebrek aan vaardigheid in het onderhandelen had, en (b) de wederpartij daarvan kennis had of behoorde te hebben en, gelet op de omstandigheden en de strekking van de overeenkomst, grovelijk misbruik maakte van de toestand van de eerste partij of er een buitensporig voordeel uit haalde. (2) Op verzoek van de partij die bevoegd is tot vernietiging, kan de rechter, indien dit passend is, de overeenkomst aanpassen om ze in overeenstemming te brengen met wat zou kunnen zijn overeengekomen indien de eisen van de goede trouw nageleefd waren. (3) De rechter kan de overeenkomst ook aanpassen op verzoek van een partij die een verklaring tot vernietiging wegens grovelijk misbruik of buitensporig voordeel heeft ontvangen, mits deze dit aan de wederpartij die de kennisgeving deed, onmiddellijk na ontvangst ervan, en voordat die partij in vertrouwen daarop heeft gehandeld, meedeelt.”

¹⁴⁸⁹ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 261. Zie tevens M.M. VAN ROSSUM, “Chapter 4 – Validity”, in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, 2002, (192) 211.

¹⁴⁹⁰ Zie O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 263: “Relief should not be given when the apparent one-sidedness of the bargain is the result of a party gambling and losing. The contract was not unfair when it was made, even though it may have turned out badly for one party”.

¹⁴⁹¹ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 261-262. Art. 4:109 PECL zou als een startpunt kunnen worden beschouwd om perspectieven van consumentenbescherming in de PECL in te voegen. Desalniettemin moet voor ogen worden gehouden dat met de PECL een algemeen kader wordt vooropgesteld met algemene beginselen van contractenrecht die gelden ongeacht de status van de contractpartijen. Zie H.-W. MICKLITZ, “European Principles and the Protection of the Weaker Party”, *JCP* 2004, (339) 345. Zie *supra*, nr. 71.

¹⁴⁹² R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 149.

¹⁴⁹³ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 262.

onredelijk.¹⁴⁹⁴ Derhalve is voor de toepassing van artikel 4:109 PECL niet steeds een objectieve (of financiële) benadeling vereist. In die zin sluit artikel 4:109 PECL aan bij de Nederlandse bepaling van artikel 3:44(3) N.B.W.¹⁴⁹⁵ Niet uitdrukkelijk vereist is dat een oorzakelijk verband bestaat tussen het misbruik van de zwakheid en het sluiten van de buitensporig voordelige overeenkomst.¹⁴⁹⁶

480. *Sanctionering* – Overeenkomstig artikel 4:109 (1) PECL heeft *misbruik van omstandigheden of buitensporig voordeel* de nietigheid tot gevolg. De algemene regels inzake de nietigheid, neergelegd in artikel 4:112 PECL, zijn bijgevolg van toepassing. De benadeelde partij kan tevens een schadevergoeding vorderen op basis van artikel 4:117 PECL.¹⁴⁹⁷

Aangezien de benadeelde partij er belang bij kan hebben dat de overeenkomst blijft bestaan, zij het in een gematigde vorm, werd aan de rechter een matigingsbevoegdheid toegekend.¹⁴⁹⁸ Het contract blijft in dat geval behouden, maar de overdreven hoofdprestaties worden door de rechter tot normale proporties herleid of een eerlijk beding zal worden toegevoegd. De benadeelde partij wenst immers vaak het contract te behouden mits aanpassingen.¹⁴⁹⁹ Het recht om een aanpassing te vragen komt toe aan beide contractpartijen. In *een eerste hypothese* zal de vernietigingsbevoegde partij de aanpassing vragen aan de rechter. De rechter kan, indien dit passend is, de overeenkomst in overeenstemming brengen met wat zou kunnen zijn overeengekomen, indien de eisen van de goede trouw nageleefd waren.¹⁵⁰⁰ In *een tweede hypothese* ontvangt een partij de verklaring tot vernietiging van zijn medecontractant die zich steunt op grovelijk misbruik of buitensporig voordeel en wendt hij zich tot de rechter met een verzoek tot aanpassing. Hij moet dit verzoek tot aanpassing evenwel onmiddellijk na ontvangst van kennisgeving en voordat de vernietigingsbevoegde heeft gehandeld conform zijn vernietigingsbeslissing, aan deze laatste meedelen.¹⁵⁰¹ De benadelende partij moet hiertoe de benadeelde partij onmiddellijk na kennisname van de nietigheid op de hoogte brengen van zijn voornemen om de matiging te vragen. Hij moet dat doen alvorens de benadeelde partij zich volledig naar deze nietigheid gaat gedragen. De benadeelde partij kan daarentegen ten allen tijde de matiging vragen. Eenmaal de rechter door dergelijk verzoek tot aanpassing gevat is, beschikt deze over een ruime appreciatiebevoegdheid. De rechter beslist immers of aanpassing een geschikte sanctie is.¹⁵⁰²

¹⁴⁹⁴ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 262.

¹⁴⁹⁵ G.J.P. DE VRIES, "Are The Principles Of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law?", in M.W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES (eds.), *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 2001, (105) 140; M.M. VAN ROSSUM, "Chapter 4 – Validity", in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, 2002, (191) 213. Zie in dezelfde zin, N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, 2009, 361; R. VAN RANSBEECK, "Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 150.

¹⁴⁹⁶ R. VAN RANSBEECK, "Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 150.

¹⁴⁹⁷ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 263. Vergelijk in dit verband met art. 3:54 N.B.W. Zie G.J.P. DE VRIES, "Are The Principles Of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law?", in M.W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES (eds.), *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, 2001, (105) 145 e.v.; M.M. VAN ROSSUM, "Chapter 4 – Validity", in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, 2002, (191) 233.

¹⁴⁹⁸ Art. 4:109 (2) en (3) PECL.

¹⁴⁹⁹ S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (225) 262.

¹⁵⁰⁰ Art. 1:409 (2) PECL. Zie S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (225) 262.

¹⁵⁰¹ S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (225) 262-263.

¹⁵⁰² Zie S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (225) 263; R. VAN RANSBEECK, "Misbruik

2. UNIDROIT-Principles

481. *Gross disparity* – Aangezien de bepaling inzake *gross disparity* ook grote gelijkenis vertoont met de rechtsfiguur van de benadeling, werd ervoor geopteerd deze bepaling in hoofdstuk 1 inzake de benadeling te bespreken.¹⁵⁰³

3. DCFR

482. *Unfair exploitation* – Ook in artikel II-7:207 DCFR is een vergelijkbare bepaling opgenomen. Twee voorwaarden dienen op het ogenblik van de contractsluiting vervuld te zijn, opdat deze bepaling tot de vernietiging van het contract zal leiden. Vooreerst is vereist dat een partij zich in een inferieure (contractuele) positie bevond (*“was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill”*.) Daarnaast wordt vereist dat de andere partij *“knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage”*. De sanctie kan, naast de nietigheid, ook bestaan uit de aanpassing van het contract (artikel II-7:207, lid 2 en 3 DCFR). Opvallend is vooral de tweede voorwaarde, waar het misbruikvereiste als het ware wordt vereenzelvigd met het sluiten van de nadelige overeenkomst (*“exploited ... by taking an excessive benefit ...”*).

§3. Voorlopig besluit

483. *Belgische recht: onzekerheid over toepassingsvoorwaarden en sanctionering* – De onenigheid over de grondslag van de gekwalificeerde benadeling brengt in het Belgische recht onzuivere toepassingsvoorwaarden met zich mee. Zo werd duidelijk dat het ernstige karakter van de benadeling in vraag wordt gesteld, evenals het benadelingsvereiste zelf. Ook over de concrete invulling van het misbruikvereiste bestaat in rechtspraak en rechtsleer geen eensgezindheid. Daarnaast leidt de onduidelijkheid over de grondslag ook tot verwarring omtrent de sanctionering van de gekwalificeerde benadeling.

Gelet op deze vaststellingen werd op verschillende momenten in de bestaansgeschiedenis van de gekwalificeerde benadeling terecht gepleit voor een tussenkomst van de wetgever ter zake.¹⁵⁰⁴ Zolang de wetgever echter niet ingrijpt, is de aanwijzing van de correcte grondslag van de gekwalificeerde benadeling noodzakelijk om de onzuiverheden in de toepassingsvoorwaarden en de onzekerheid over de sanctie weg te werken.

484. *Buitenlandse rechtsstelsels: verschillende invalshoeken en toepassingsvoorwaarden* – Na de bestudering van het Franse, Nederlandse en Duitse recht blijkt dat ook in deze rechtsstelsels het misbruik dat een contractpartij maakt van de inferieure positie van zijn medecontractant bij de contractsluiting, wordt gesanctioneerd. Opvallend zijn echter de verschillende invalshoeken die

van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 151.

¹⁵⁰³ *Supra*, nrs. 291-292.

¹⁵⁰⁴ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 38. Zie eerder ook bij J. LIMPENS en R. KRUIHOF, “Examen de jurisprudence (1960 à 1963). Les obligations”, *RCJB* 1964, (467) 471 (*“Encore que nos préférences personnelles aillent à la solution législative qui est de nature à supprimer les équivoques, il importe de souligner cette consécration implicite de la théorie de la lésion qualifiée”*); J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953 à 1955). Les obligations”, *RCJB* 1956, (199) 202.

daartoe worden gehanteerd. Zo heeft de Franse rechtspraak de sanctionering ervan gekoppeld aan het wilsgebrek geweld via de uitwerking van rechtsfiguren als *l'état de nécessité* en *la violence économique*. Ook het Nederlandse recht heeft het misbruik van omstandigheden in het N.B.W. aan de wilsgebreken vastgehaakt, zij het evenwel door de wettelijke verankering ervan in een afzonderlijk wilsgebrek. De Duitse wetgever opteerde er daarentegen voor om de rechtsfiguur woeker te sanctioneren omwille van een strijdigheid met de goede zeden.

Naast de verschillende invalshoeken vallen ook de verschillen in de toepassingsvoorwaarden op. Zo wordt in het Franse recht de nadruk gelegd op de beide polen van de rechtsfiguur, d.i. zowel op het misbruik van een (economische) afhankelijkheidspositie als op het buitensporige voordeel. Vanuit dat opzicht lijkt het Belgische recht het meest aan te sluiten bij het Franse recht. De invulling van de toepassingsvoorwaarden in het Nederlandse en het Duitse recht gebeurt daarentegen duidelijk soepeler, waardoor de bewijslast in hoofde van de benadeelde partij lichter is dan in het Belgische recht. Zo wordt in het Nederlandse recht in beginsel geen benadelingsvereiste opgelegd, en ligt de nadruk volledig op het misbruik van omstandigheden. In het Duitse recht kan woeker onder bepaalde voorwaarden ook gesanctioneerd worden, indien het uitbuitingsvereiste niet bewezen wordt. Net als in het Belgische recht, werd in de Duitse rechtspraak aangevoeld dat het bewijs van deze subjectieve component een zware bewijslast met zich meebrengt in hoofde van de benadeelde partij. Daar waar in de Belgische rechtspraak het misbruik vaak stilzwijgend wordt afgeleid uit de andere (vervulde) toepassingsvoorwaarden¹⁵⁰⁵, werd in de Duitse rechtspraak een versoepelde toepassing uitgewerkt via §138, par. 2 BGB.

Uit onze kroniek van de Belgische rechtspraak inzake gekwalificeerde benadeling bleek ook dat deze rechtsfiguur meestal ingeroepen wordt bij persoonlijke omstandigheden van inferioriteit, veeleer dan bij functionele omstandigheden. De situatie is anders in het Franse recht, waar de figuur van de *violence économique* specifiek betrekking heeft op situaties van economische (en dus functionele) inferioriteit. Ook in het Nederlandse recht wordt de nadruk gelegd op situaties van economisch overwicht. In theorie lijkt het Duitse recht op dat punt het meest aan te sluiten bij het Belgische recht door de limitatieve opsomming van de vijf categorieën van bijzondere, veeleer persoonlijke omstandigheden. Ook op dit punt kent de Duitse rechtspraak echter de versoepelde toepassing via de figuur van de *Wucherähnliche Rechtsgeschäfte* (§138, par. 2 BGB).

AFDELING III. GRONDSLAGENONDERZOEK

485. *Inleidend* – In deze afdeling onderzoeken we de grondslag van de gekwalificeerde benadeling. Aangezien de gekwalificeerde benadeling ontwikkeld werd door rechtspraak en rechtsleer, en bijgevolg geen wettelijke grondslag heeft, dient deze rechtsfiguur op een andere grondslag te worden geënt. Die grondslag moet de achterliggende reden (*het waarom*) van de sanctionering van overeenkomsten die onder invloed van gekwalificeerde benadeling tot stand komen, verduidelijken.

Zoals hierboven reeds besproken,¹⁵⁰⁶ werden verschillende mogelijke grondslagen van de gekwalificeerde benadeling aangereikt door rechtspraak en rechtsleer, meer bepaald de artikelen 1131 en 1133 B.W. inzake de ongeoorloofde oorzaak, het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*, artikel 1382 B.W. inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid en de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik. We zullen aantonen dat de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (artikel 1382-1383 B.W.) de aangewezen grondslag van de gekwalificeerde benadeling vormt.

¹⁵⁰⁵ *Supra*, nr. 364.

¹⁵⁰⁶ *Supra*, nrs. 418-422.

486. *Doelstelling* – De aanwijzing van een zuivere grondslag voor de gekwalificeerde benadeling zal bijdragen tot een ruimere toepassing van deze rechtsfiguur in de Belgische rechtspraak. Het onderzoek zal uitwijzen dat deze grondslag gelegen is in de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (art. 1382 B.W.). Op basis van deze grondslag zullen ook de toepassingsvoorwaarden en de sanctionering van de gekwalificeerde benadeling uitgeklaard en uitgediept worden.

§1. Theorie van de (on)geoorloofde oorzaak

487. *Overzicht* – Uit de kroniek van de Belgische rechtspraak inzake de gekwalificeerde benadeling is gebleken dat de rechtspraak deze rechtsfiguur lange tijd als een toepassing van de theorie van de ongeoorloofde oorzaak heeft beschouwd. Alvorens deze mogelijke grondslag van de gekwalificeerde benadeling te onderzoeken, zetten we kort de verworvenheden inzake deze theorie uiteen.

A. Verworvenheden in het Belgische recht

1. De oorzaak als geldigheidsvereiste voor rechtshandelingen

488. *Geldigheidsvereiste* – De vierde geldigheidsvoorwaarde die in artikel 1108 B.W. is opgenomen, betreft de *geoorloofde oorzaak van een verbintenis*. Artikel 1131 B.W. preciseert dat een verbintenis, aangegaan zonder oorzaak, uit een valse oorzaak of een ongeoorloofde oorzaak, geen gevolg kan hebben. Overeenkomstig artikel 1132 B.W. hoeft de oorzaak – om geldig te zijn – niet in de overeenkomst te zijn uitgedrukt.¹⁵⁰⁷ Tot slot wordt in artikel 1133 B.W. verduidelijkt wanneer de oorzaak een ongeoorloofd karakter heeft. Voor het overige werd in het Burgerlijk Wetboek geen definitie of omschrijving van de oorzaak noch een opsomming van de wezenlijke kenmerken ervan, opgenomen.¹⁵⁰⁸

489. *Zelfstandig karakter* – Over de betekenis en het nut van de oorzaak als geldigheidsvereiste voor de totstandkoming van rechtshandelingen, is veel inkt gevloeid in de doctrine. In de 19^e - begin 20^e eeuw beschouwde de klassieke leer de oorzaak als het voordeel dat elke contractant voor zichzelf heeft bedongen en uit de overeenkomst mag halen. De oorzaak kreeg hiermee een invulling die sterk aanleunde bij het begrip voorwerp.¹⁵⁰⁹ Sommige auteurs (anticausalisten) meenden hieruit te kunnen afleiden dat de oorzaak als geldigheidsvereiste overbodig was.¹⁵¹⁰ De discussie tussen de causalisten en

¹⁵⁰⁷ Uit deze bepaling wordt het vermoeden afgeleid dat aan de rechtshandeling een oorzaak ten grondslag ligt en dat deze oorzaak geoorloofd is. Het komt dan ook toe aan diegene die het bestaan of de geoorlooftheid van de oorzaak betwist, om het bewijs daarvan te leveren. Zie Cass. 27 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 503, *Pas.* 2003, I, 417; Gent 30 mei 2001, *RW* 2004-2005, 1554, noot; Brussel 30 april 2003, *RW* 2005-2006, 589, noot; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 145; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 407; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 137.

¹⁵⁰⁸ A. VERBEKE en I. VERVOORT, “Oorzaak, voorwaar(-de) oorzaak van onduidelijkheid”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2002, (521) 521-522.

¹⁵⁰⁹ *Infra*, nrs. 491-492.

¹⁵¹⁰ Zie bv. M. DABIN, *La théorie de la cause*, 1919, 46 e.v.; LAURENT, *Principes*, XVI, 1878, 145 e.v. Voor een overzicht, zie STUNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 101; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 136; P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 330.

de anticausalisten is inmiddels reeds enige tijd achterhaald door de rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹⁵¹¹

2. Invulling van het oorzaakbegrip

490. *Inleidend* – In het Burgerlijk Wetboek wordt geen nadere omschrijving van het oorzaakbegrip opgenomen. Het Hof van Cassatie ging in bovenvermelde rechtspraak waar de oorzaak wordt erkend als autonome geldigheidsvereiste voor rechtshandelingen, evenmin dieper in op de concrete invulling van het oorzaakbegrip.¹⁵¹² In de rechtsleer boog men zich wel over de invulling van het oorzaakbegrip. Verschillende opvattingen kunnen achtereenvolgens worden onderscheiden.

a. Evolutie

491. *Klassieke visie: oorzaak als objectieve bestaansreden* – Overeenkomstig de klassieke opvatting verwijst de oorzaak naar de objectieve bestaansreden, d.i. de inwendige rechtvaardiging of het nut voor de partijen, van een rechtshandeling. Er wordt gepeild naar de juridische, economische en maatschappelijke grondslag van de aangegane verbintenis. De aanwezigheid van deze oorzaak wordt afgeleid uit de eigen structuur van de rechtshandeling en derhalve als een *interne* en *objectieve* oorzaak vooropgesteld.¹⁵¹³ DE BERSAQUES omschreef deze objectieve, interne oorzaak treffend als “*le but immédiat et invariable dans tous les contrats de même nature, que poursuit celui qui souscrit pareille obligation*”.¹⁵¹⁴

492. *Toepassing op verschillende soorten contracten* – In een wederkerige overeenkomst houdt deze objectieve en interne invulling van het oorzaakbegrip in dat de oorzaak van de verbintenis van de ene partij ligt in het voorwerp van de verbintenis van de andere partij, en omgekeerd. Een partij verbindt zich in een wederkerige overeenkomst tot een bepaalde verbintenis teneinde de beloofde tegenprestatie te bekomen (het *quid pro quo* of het *do ut des*).¹⁵¹⁵ In die visie zijn de geldigheidsvereisten van het voorwerp en de oorzaak nauw verbonden, hetgeen verklaart waarom VAN GERVEN spreekt over de

¹⁵¹¹ In een arrest van 13 november 1969 heeft het Hof immers geoordeeld dat de geldigheid van iedere rechtshandeling – eenzijdige en meerzijdige, onder bezwarende titel of om niet – onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak, behoudens in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden. Zie Cass. 13 november 1969, *Arr. Cass.* 1970, 261, *Pas.* 1970, 234 en *RCJB* 1970, 326, noot P. VAN OMMESLAGHE. Zie P.-A. FORTIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 138; P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 330; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 261; P. WERY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 79. Dat de oorzaak een zelfstandige geldigheidsvereiste uitmaakt, werd door het Hof van Cassatie nog bevestigd in latere rechtspraak. Zie Cass. 21 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 168, *Pas.* 2000, I, 165, *RW* 2000-2001, 1016, noot J. NEUTS, *Rev. not. b.* 2000, 336, noot D. STERCKX, *Not. Fisc. M.* 2000, 190, noot B. DU LAING, *R. Cass.* 2001, 101, noot M. VAN QUICKENBORNE, *RCJB* 2004, 77, noot J. ROMAIN; Cass. 17 mei 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 927, *Pas.* 1991, I, 813; Cass. 5 november 1976, *Arr. Cass.* 1977, 268, *Pas.* 1977, I, 267, noot, *RW* 1977-78, 440, noot J. THIELEMANS, *RCJB* 1979, 131, noot M. VAN QUICKENBORNE. Zie A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (tweede deel)”, *RW* 1985-86, (81) 84; P. WERY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 79.

¹⁵¹² STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 102; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 137.

¹⁵¹³ Deze klassieke visie wordt toegeschreven aan de auteurs DOMAT en POTHIER. Zie overzicht bij RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 262 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 102; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 138; P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 332; P. WERY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 84.

¹⁵¹⁴ A. DE BERSAQUES, noot onder Luik 11 januari 1949, *RCJB* 1950, (323) 323. Tevens aangehaald door S. NUDELHOLE, “L’obligation sans cause, l’obligation sur une fausse cause et l’erreur sur le mobile déterminant”, in X. (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, (711) 712.

¹⁵¹⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 102.

voorwerp-oorzaak.¹⁵¹⁶ Overeenkomstig deze klassieke visie ligt bij zakelijke contracten de oorzaak van de verbintenis tot teruggave van de wederpartij in de overhandiging van de zaak.¹⁵¹⁷ Bij overeenkomsten om niet ligt de objectieve, interne oorzaak dan weer in het begiftigingsoogmerk (de *animus donandi*).¹⁵¹⁸

493. *Moderne visie: oorzaak als beslissende beweegreden* – De moderne visie, waarvan VAN OMMESLAGHE als voortrekker kan worden beschouwd¹⁵¹⁹ – hanteert een uniform en subjectief oorzaakbegrip. De determinerende of beslissende beweegredenen die de partijen ertoe bewogen hebben de rechtshandeling te stellen en die op het ogenblik van de contractsluiting als bestanddeel van de overeenkomst gekend waren en aanvaard werden door de wederpartij, worden beschouwd als de oorzaak van die rechtshandeling.¹⁵²⁰ Hierbij wordt gepeild naar de bedoeling van de handelende partij. De oorzaak krijgt hiermee een subjectieve invulling. DE BERSAQUES omschrijft deze subjectieve, externe notie als “*le but médiat, variable chez chaque contractant, que la partie poursuit au moyen et par delà la prestation stipulée à son profit.*”¹⁵²¹

494. *Dualistische visie* – Hoewel bovenstaande uniforme, subjectieve invulling een grote aanhang kent in ons recht, onderschrijft een deel van de hedendaagse doctrine veeleer een dualistische visie door aan te nemen dat de oorzaak beide functies – met name oorzaak als objectieve bestaansreden en oorzaak als beslissende beweegreden – omvat.¹⁵²² De reden waarom iemand zich verbonden heeft, kan immers zowel gelegen zijn in de wederkerigheid, met name het verkrijgen van de tegenprestatie, als in een met de rechtshandeling subjectief nagestreefde doelstelling.¹⁵²³ De objectieve of interne oorzaak moet bestaan en staat garant voor het nut van de rechtshandeling, terwijl de subjectieve of externe oorzaak toelaat de geoorloofdheid van de subjectieve beweegredenen te toetsen.¹⁵²⁴ Ook het Hof van Cassatie lijkt deze dualistische visie te onderschrijven. In een arrest van

¹⁵¹⁶ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 328.

¹⁵¹⁷ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 102; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 328.

¹⁵¹⁸ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 102; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 137-138.

¹⁵¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *RCJB* 1986, (33) 87 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations”, *RCJB* 1975, (423) 457 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 328 e.v.

¹⁵²⁰ P. VAN OMMESLAGHE, “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, (328) 354-357. Zie in deze zin ook CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 142; P.-A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 138 e.v. Zie overzicht bij R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 399; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984) (tweede deel)”, *RW* 1985-86, (81) 85; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 84.

¹⁵²¹ A. DE BERSAQUES, noot onder Luik 11 januari 1949, *RCJB* 1950, (323) 323-324. Tevens aangehaald door S. NUDELHOLE, “L’obligation sans cause, l’obligation sur une fausse cause et l’erreur sur le mobile déterminant”, in X. (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, (711) 712.

¹⁵²² M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 65; DE PAGE, *Traité*, II, 467; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 398-399; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 283 e.v.; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1591; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, 71 en 104; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 138; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 326 e.v. Voor Frankrijk: GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 833 e.v.

¹⁵²³ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 57. De subjectieve beweegredenen omvatten derhalve meestal de objectieve oorzaak. Zie P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d’un élément essentiel à leur formation*, 1998, 82 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 103; S. STIJNS, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, 1994, 102-104.

¹⁵²⁴ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 103.

16 november 1989 werd immers aangenomen dat “de oorzaak van een schenking onder levenden of bij testament niet uitsluitend ligt in het begiftigingsoogmerk van de schenker, maar in de hoofdzakelijke beweegreden die bij hem heeft voorgezeten en die hem ertoe gebracht heeft die gift of schenking te doen.”¹⁵²⁵ Met de arresten van 21 januari 2000 en 12 oktober 2000, en met het recente arrest van 14 maart 2008, bevestigde het Hof van Cassatie deze stelling.¹⁵²⁶ Het Hof hanteert het subjectieve oorzaakbegrip, zonder evenwel de klassieke invulling van de oorzaak als objectieve wederkerigheid uit te sluiten.¹⁵²⁷

b. Oorzaak als objectieve wederkerigheid

495. *Een formeel evenwicht* – Het oorzaakvereiste als objectieve wederkerigheid bij wederkerige overeenkomsten wijst op een intern evenwicht tussen de wederzijdse hoofdprestaties van de partijen. De vraag rijst of hiermee bedoeld wordt op een formeel dan wel op een materieel evenwicht. Met andere woorden, zal de rechter bij een betwisting tussen partijen uitsluitend mogen vaststellen dat er al dan niet langs beide kanten een hoofdprestatie voorhanden is, of kan hij bovendien nagaan of de wederzijdse hoofdprestaties gelijkwaardig zijn?¹⁵²⁸

Beperkt men de rol van de rechter tot het nagaan van de aanwezigheid van wederzijdse hoofdprestaties, dan bekijkt men het interne evenwicht op een louter formele wijze. In dat opzicht voegt het oorzaakvereiste weinig toe aan wat eigenlijk reeds voortvloeit uit de eigen aard van de wederkerige overeenkomsten.¹⁵²⁹ Door het interne evenwicht daarentegen een materiële invulling te geven, zou de oorzaak als objectieve wederkerigheid een nuttig instrument kunnen vormen voor de rechter bij de toetsing van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.¹⁵³⁰ De Belgische rechtspraak en rechtsleer oordelen reeds lange tijd dat de toetsing van een formeel evenwicht tussen de wederzijdse contractuele hoofdprestaties in beginsel voldoende is, zonder dat het daarbij aan de rechter toekomt om de gelijkwaardigheid van die prestaties ook inhoudelijk te toetsen.¹⁵³¹ Afwijkingen

¹⁵²⁵ Cass. 16 november 1989, *Ann. dr. Liège* 1990, 334, noot P. DELNOY, *Arr. Cass.* 1989-90, 371, *Pas.* 1990, I, 331, *RCJB* 1993, 73, noot S. NUDELHOLE, *TBBR* 1990, 294, noot L. RAUCENT. Zie tevens S. NUDELHOLE, “L’obligation sans cause, l’obligation sur une fausse cause et l’erreur sur le mobile déterminant”, in X. (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, (711) 718; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 103; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 57.

¹⁵²⁶ Cass. 14 maart 2008, *Pas.* 2008, I, 708; Cass. 12 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1564, *Pas.* 2000, I, 1531, *RCJB* 2003, 74, noot P. WÉRY, *Rev. not. b.* 2001, 109, noot RW 2002-2003, 416, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 21 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 168, *Pas.* 2000, 165, *RW* 2000-2001, 1016, noot J. NEUTS, *Rev. not. b.* 2000, 336, noot D. STERCKX, *Not. Fisc. M.* 2000, 190, noot B. DU LAING, *R. Cass.* 2001, 101, noot M. VAN QUICKENBORNE. Zie ook S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 57-58; A. VAN OEVELEN, “Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RW* 2002-2003, (417) 421; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 263.

¹⁵²⁷ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 103.

¹⁵²⁸ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 338.

¹⁵²⁹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 335.

¹⁵³⁰ Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 104, met verwijzing naar Vred. Antwerpen 5 november 1986, *RW* 1987-88, 1446, waar de rechter in een onevenwichtig contract van huwelijksbemiddeling heel wat feiten aanhaalt die wijzen op het ontbreken van een objectieve wederkerigheid, maar het contract uiteindelijk vernietigt wegens strijdigheid met de goede zeden en gekwalificeerde benadeling. Zie ook *supra*, nr. 356.

¹⁵³¹ Zie ook E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire : survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 535; P.-A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 144; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 339-340. Ook in het Franse en het Nederlandse recht werd in diezelfde zin geoordeeld. Zie de *Franse* auteur J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, 2006, 701-702 e.v. en de *Nederlandse* auteur ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 237. Zie ook bij VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 340.

op dit uitgangspunt werden niet doorgevoerd via de objectieve invulling van het oorzaakvereiste, maar wel via de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.¹⁵³²

c. Oorzaak als beslissende beweegreden

496. *Verscheidene functies* – De subjectieve invulling van het oorzaakbegrip, met name de oorzaak begrepen als de beslissende beweegreden, vervult in het Belgische recht verscheidene functies. Zo heeft een overeenkomst onder bezwarende titel geen oorzaak wanneer zij uitgaat van een veronderstelling of voortbouwt op een rechtsverhouding, waarvan achteraf blijkt dat zij niet met de werkelijkheid overeenkomt, onbestaande is of vernietigd werd, en zij bijgevolg ingegeven was door een verkeerde beweegreden. Geoordeeld wordt dat de oorzaak bij dergelijke overeenkomsten afwezig is.¹⁵³³ Op basis van de rechtspraak van het Hof van Cassatie werd ook aangenomen dat het wegvallen van de beslissende beweegreden onder bepaalde voorwaarden leidt tot het verval van een rechtshandeling om niet, met name bij een schenking of een testament. Met het cassatiearrest van 12 december 2008 kwam deze rechtsfiguur van het verval wegens het verdwijnen van de oorzaak minstens bij schenkingen op de helling te staan.¹⁵³⁴ Hierna wordt een derde functie van de oorzaak als beslissende beweegreden belicht, met name de controle op het geoorloofd karakter van de oorzaak.

3. Vereiste van een geoorloofde oorzaak

a. Uitgangspunt: toetsing van de doorslaggevende beweegreden(en)

497. *Artikel 6 en 1133 B.W.* – Het beginsel van contractvrijheid is nooit absoluut geweest. Zo werd steeds aangenomen dat artikel 6 B.W. een grens stelt aan de contractvrijheid, in die zin dat partijen met hun overeenkomst geen afbreuk mogen doen aan de wetten die de openbare orde of de goede zeden raken.¹⁵³⁵ Verschillende bepalingen verduidelijken de controle die de hoven en rechtbanken dienaangaande kunnen uitoefenen, waaronder ook artikel 1133 B.W.¹⁵³⁶ Overeenkomstig deze bepaling is de oorzaak ongeoorloofd, wanneer zij door de wet verboden is, of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde.

498. *Toetsing van de doorslaggevende beweegreden(en)* – Reeds zeer vroeg werd aangenomen dat bij de beoordeling van het geoorloofd karakter van de oorzaak het subjectieve aspect van de oorzaak, met name de beslissende beweegreden in hoofde van de zich verbindende partij, op de voorgrond treedt.¹⁵³⁷ Bij de beoordeling van het (on)geoorloofd karakter van de oorzaak van een rechtshandeling toetst de rechter of de beslissende beweegreden(en) in hoofde van een partij om een verbintenis aan te gaan, in overeenstemming is met de dwingende wetsbepalingen, met de openbare

¹⁵³² STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 104; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 138-139.

¹⁵³³ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 104-105; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 139-140.

¹⁵³⁴ Voor een uitgebreide bespreking van deze materie, zie o.m. S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 57-70; S. STIJNS en H. GEENS, “Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen”, in W. PINTENS en C. DECKLERCK (eds.), *Patrimonium*, 2009, 299-325.

¹⁵³⁵ *Supra*, nr. 30.

¹⁵³⁶ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 100-101; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 82.

¹⁵³⁷ S. NUDELHOLE, “L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause et l'erreur sur le mobile déterminant”, in X. (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, (711) 714; P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 85.

orde en met de goede zeden. Zo kan het voorvallen dat het voorwerp van een overeenkomst op zich niet ongeoorloofd is, maar dat de overeenkomst toch ongeldig is doordat de aan de overeenkomst ten grondslag liggende beweegreden een ongeoorloofd karakter heeft.¹⁵³⁸ De loutere omstandigheid dat een verbintenis indruist tegen een bepaling van dwingend recht of de begrippen openbare orde of goede zeden miskent, houdt geenszins in dat de verbintenis een ongeoorloofde oorzaak zou hebben. Die oorzaak moet immers *in concreto* ten aanzien van de contractpartij worden beoordeeld. Een verbintenis zou immers objectief gezien in strijd kunnen zijn met een dwingende wetsbepaling, terwijl de schuldenaar volkomen eerbare motieven nastreeft.¹⁵³⁹

Een doorslaggevende beweegreden is een beweegreden die beide partijen of één van hen tot het verrichten van een rechtshandeling heeft aangezet.¹⁵⁴⁰ Aangezien dit zuivere persoonlijke motieven betreft, behoort de beoordeling van dit doorslaggevende karakter tot de soevereine appreciatiebevoegdheid van de rechter.¹⁵⁴¹ Zijn meerdere doorslaggevende beweegredenen aanwezig in hoofde van een partij, dan volstaat het dat één van deze redenen ongeoorloofd is om de geldigheid van de rechtshandeling in het gedrang te brengen.¹⁵⁴² Enkel de beweegredenen die reeds op het ogenblik van de contractsluiting in hoofde van een partij aanwezig waren, kunnen in aanmerking worden genomen.¹⁵⁴³

b. Toetsing aan bepalingen van dwingend recht en aan de openbare orde en de goede zeden

499. *Toetsing aan bepalingen van dwingend recht* – Bepalingen van dwingend recht hebben in toenemende mate nieuwe grenzen aan de contractvrijheid opgelegd. Met het cassatiearrest van 6 december 1956 werd het begrip *dwingend recht* in alle duidelijkheid aanvaard.¹⁵⁴⁴ Rechtsregels van dwingend recht beogen de bescherming van private belangen. De bedoeling van deze bepalingen bestaat erin om bepaalde categorieën van zwakkere rechtsonderhorigen, zoals huurders, verzekerden, concessiehouders, ..., te beschermen.¹⁵⁴⁵ De schending van een bepaling van dwingend recht wordt gesanctioneerd met een relatieve nietigheid. Derhalve kan deze nietigheid slechts door de met de overtreden regel beschermde partij worden ingeroepen.¹⁵⁴⁶ Van de bescherming die een bepaling van

¹⁵³⁸ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 108; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 108. Zie in dezelfde zin, J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, (301) 311.

¹⁵³⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 149.

¹⁵⁴⁰ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 142. Zie in dezelfde zin CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 144.

¹⁵⁴¹ J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, (301) 315.

¹⁵⁴² Cass. 23 juni 1977, *Arr. Cass.* 1978, 1098, *Pas.* 1977, I, 1083; Cass. 19 januari 1968, *Arr. Cass.* 1968, 686, *Pas.* 1968, I, 640, noot W. G.; Cass. 13 november 1953, *Pas.* 1954, I, 190, noot R. HAYOIT DE TERMICOURT, *JT* 1954, 167, noot R. SPILMAN, *RCJB* 1954, 5, noot J. DABIN; Gent 15 januari 1991, *RW* 1991-92, 467; Brussel 7 december 1962, *Pas.* 1964, II, 47; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 148; J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, (301) 315; X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 261; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht (1981-1992)", *TPR* 1994, (171) 413-414; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 108; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 347; P. WÉRY, "Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques", (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 102.

¹⁵⁴³ I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", in X. (ed.), *Sancties en nietigheden*, 2003, (267) 282; P. WÉRY, "Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques", (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 103-104.

¹⁵⁴⁴ Cass. 6 december 1956, *Pas.* 1957, I, 361, concl. Proc.-Gen. HAYOIT DE TERMICOURT, *RCJB* 1960, 156, NOOT G. BAETEMAN.

¹⁵⁴⁵ X. DIEUX, "Le contrat: instrument et objet de dirigisme", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 271; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38-39.

¹⁵⁴⁶ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 39; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 143.

dwingend recht biedt, kan afstand worden gedaan door de beschermde persoon, doch slechts nadat het geschil is ontstaan.¹⁵⁴⁷

500. *Toetsing aan (een bepaling van) openbare orde* – Het Burgerlijk Wetboek definieert de notie *openbare orde* niet. Het Hof van Cassatie heeft hieromtrent wel een vaststaande rechtspraak ontwikkeld, geïnspireerd op DE PAGE.¹⁵⁴⁸ Zo wordt volgens het Hof onder de notie *openbare orde* enkel begrepen “de wetgeving die de essentiële belangen van de Staat of de gemeenschap betreft of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust”.¹⁵⁴⁹ Het komt toe aan de rechter ten gronde om in een concreet geval te bepalen of een regel met deze kenmerken voorligt.¹⁵⁵⁰ Hierop wordt controle uitgeoefend door het Hof van Cassatie.¹⁵⁵¹ Aangenomen wordt dat rechtsregels die de openbare orde aanbelangen, niet enkel neergelegd zijn in de wet, maar ook in gewoontes en gebruiken, algemene rechtsbeginselen en meer algemeen nog, in alle positiefrechtelijke niet-geschreven rechtsregels.¹⁵⁵² De rechtsleer benadrukt doorgaans het evolutieve karakter van de notie openbare orde, waarvan de invulling varieert naar tijd en plaats.¹⁵⁵³

Een schending van een bepaling die de openbare orde raakt, wordt gesanctioneerd met een absolute nietigheid. Deze kan worden ingesteld door iedere belanghebbende persoon dan wel ambtshalve worden opgeworpen door de rechter.¹⁵⁵⁴ Ook de partijen kunnen zich op de absolute nietigheid beroepen, hetgeen niet betekent dat zij in principe het reeds gepresteerde van elkaar kunnen terugvorderen.¹⁵⁵⁵ Dankzij de facultatieve toepassing van het adagium *In pari causa* kan de rechter de terugvordering ook enkel aan de niet schuldige partij toelaten. Deze partij kan dan bovendien een schadevergoeding vorderen van de schuldige partij.¹⁵⁵⁶

501. *Toetsing aan (een bepaling betreffende de) goede zeden* – De notie *goede zeden* valt nog moeilijker te omschrijven dan de *openbare orde*. Doorheen de goede zeden dringen ook morele vereisten het recht binnen. Met het begrip wordt het moreel onaanvaardbare gedrag van de

¹⁵⁴⁷ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 40. Zie evenwel de nuancering hieromtrent bij X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 272.

¹⁵⁴⁸ DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 101 e.v.

¹⁵⁴⁹ Cass. 10 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 236, *Pas.* 1994, I, 237, *R. Cass.* 1994, 278, noot T. DENYS en D. MEULEMANS, *TBBH* 1995, 15, noot F. GLANSDORFF, *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; Cass. 28 september 1979, *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 10 november 1978, *Pas.* 1979, I, 309, *RW* 1979-80, 1479, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 15 maart 1968, *Arr. Cass.* 1968, 936, *Pas.* 1968, I, 884; Cass. 22 december 1949, *Pas.* 1950, I, 266; Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 615, *Pas.* 1948, I, 699, *RCJB* 1954, 251, noot P. DE HARVEN. Zie tevens X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 259; P.-A. FORIERS, “L’objet et la cause du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (99) 151; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 108.

¹⁵⁵⁰ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 301-302; X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 259.

¹⁵⁵¹ X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 259.

¹⁵⁵² X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 260. Zie tevens J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 304.

¹⁵⁵³ Zie bv. W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, 1987, 288; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 80. Voor Frankrijk: J. GHESTIN, “Réflexions sur la liberté contractuelle et l’ordre public”, X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, 2002, (405) 415-416; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 1978, 219. Zie evenwel de nuancering omtrent dit evolutieve karakter bij J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 304.

¹⁵⁵⁴ X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 262.

¹⁵⁵⁵ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 142-143.

¹⁵⁵⁶ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 109; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 143.

rechtsonderhorigen geïmagineerd en aldus vormt de notie goede zeden een minimumstandaard.¹⁵⁵⁷ Traditioneel wordt aangenomen dat het begrip *goede zeden* omvat “*l’ensemble des principes de loyauté, de correction, de dignité et d’honnêteté qui sont acceptés communément par les citoyens, quelles que soient leurs opinions religieuses et philosophiques*”.¹⁵⁵⁸ De noties *openbare orde* en *goede zeden* worden met elkaar geassocieerd in artikel 1133 B.W. Beide begrippen zijn ook onderworpen aan hetzelfde juridische regime.¹⁵⁵⁹ De goede zeden kan dan ook beschouwd worden als het morele luik van de openbare orde.¹⁵⁶⁰ Een schending van de goede zeden wordt op dezelfde wijze gesanctioneerd als een schending van de openbare orde, met name door de absolute nietigheid.¹⁵⁶¹

c. Vereiste van het gemeen karakter

502. *Inleidend* – Eén van de vragen die gerezen is omtrent het leerstuk van de (on)geoorloofde oorzaak, is de vraag naar het vereiste van het gemeen karakter van de ongeoorloofde oorzaak. Is het om een overeenkomst nietig te verklaren wegens ongeoorloofde oorzaak vereist dat de ongeoorloofde beweegreden(en) *gemeen* is aan beide partijen, of volstaat het daarentegen dat slechts één van beide partijen een ongeoorloofde (determinerende) beweegreden voor ogen had bij de contractsluiting? Met het arrest van 12 oktober 2000 sprak het Hof van Cassatie zich ter zake voor het eerst uit.¹⁵⁶² Voordien bestond hieromtrent geen eensgezindheid in rechtspraak en rechtsleer.¹⁵⁶³

503. *Cass. 12 oktober 2000* – Dit arrest betrof een zaak waar een vennootschap, die wagens verkocht aan verweerster in cassatie, een omvangrijk fraudesysteem had opgezet. De bedoeling van dit systeem bestond erin de B.T.W. verschuldigd bij de verkoop van wagens, te ontduiken. In het bestreden arrest oordeelde het hof van beroep dat verweerster in cassatie niet op de hoogte was van de door haar medecontractant georganiseerde fraude en werd derhalve beslist dat de tussen partijen gesloten koopovereenkomsten niet nietig waren wegens ongeoorloofde oorzaak. Onder *oorzaak* diende volgens het hof van beroep immers te worden begrepen “*de doorslaggevende beweegredenen van de partijen waarbij het bij overeenkomsten ten bezwarende titel vereist is dat de ene partij tenminste op de hoogte was van de ongeoorloofde beweegredenen van de andere partij*”.¹⁵⁶⁴

Het Hof van Cassatie vernietigde het bestreden arrest doordat (i) een overeenkomst die bedoeld is om fraude te plegen ten aanzien van derden (*in casu* de schatkist), wiens rechten beschermd worden door wetten van openbare orde, een ongeoorloofde oorzaak heeft en derhalve absoluut nietig

¹⁵⁵⁷ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 307.

¹⁵⁵⁸ In die zin DE PAGE, *Traité*, I, 1948, 109 e.v.; X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 268; RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 354. Voor Frankrijk: G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, 169 e.v.

¹⁵⁵⁹ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 63; J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 307; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, 1987, 290; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *RCJB* 1986, (33), 102.

¹⁵⁶⁰ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 307; J.-F. ROMAIN, “L’ordre public (notion générale) et les droits de l’homme”, in X. (ed.), *L’ordre public: concept et applications*, 1995, (5), 18-19; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 38; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 108.

¹⁵⁶¹ X. DIEUX, “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (253) 270.

¹⁵⁶² Cass. 12 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1564, *Pas.* 2000, 1531, *Rev. not. b.* 2001, 109, noot, *RCJB* 2003, 74, met goedkeurende noot P. WÉRY, *RW* 2002-2003, 416, met goedkeurende noot A. VAN OEVELEN, *TFR* 2002, 69, noot E. DE BIE.

¹⁵⁶³ Voor een overzicht van de verschillende strekkingen in rechtspraak en rechtsleer, zie A. VAN OEVELEN, “Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RW* 2002-2003, 417-421.

¹⁵⁶⁴ Zie P. WÉRY, “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 80.

is en (ii) als het algemeen belang in het geding is, het voldoende is dat één van de partijen bij het sluiten van de overeenkomst ongeoorloofde oogmerken had en het niet nodig is dat de wederpartij daarvan op de hoogte is.¹⁵⁶⁵ Dat de ongeoorloofde oorzaak niet gemeen moet zijn aan beide partijen, werd recent nogmaals door het Hof van Cassatie bevestigd.¹⁵⁶⁶

B. De ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling

1. Klassieke opvatting

504. *Ongeoorloofde oorzaak als grondslag* – Bij aanvang van de ontwikkeling van de gekwalificeerde benadeling door DE BERSAQUES werd de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling aangewezen.¹⁵⁶⁷ De rechtspraak heeft deze zienswijze lange tijd gevolgd.¹⁵⁶⁸ Een overeenkomst die tot stand komt doordat een partij misbruik maakt van de inferioriteit in hoofde van de medecontractant om voor zichzelf aanzienlijke voordelen te bedingen, zou een ongeoorloofde oorzaak hebben. De doelstelling die de bevoordeelde partij nastreeft ten koste van zijn medecontractant (met name het verwezenlijken van een woekerwinst) via de gehanteerde handelswijze (met name het uitbuiten van de inferieure positie van de medecontractant), werd strijdig geacht met de goede zeden. Met het arrest van 25 november 1977 heeft het Hof van Cassatie minstens de mogelijkheid van de gekwalificeerde benadeling gebaseerd op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak open gelaten.¹⁵⁶⁹

505. *Schending van de goede zeden* – In het bijzonder wordt aangenomen dat een overeenkomst die tot stand komt onder invloed van gekwalificeerde benadeling, een schending van de goede zeden uitmaakt.¹⁵⁷⁰ De goede zeden vereisen immers een loyale houding en een respect voor de goede trouw in de omgang met anderen. Door misbruik te maken van de zwakke positie van de medecontractant, miskent de bevoordeelde partij deze plichten.¹⁵⁷¹

2. Kritiek

506. *Inleidend* – In tegenstelling tot de rechtspraak heeft de doctrine de theorie van de ongeoorloofde oorzaak vrij snel verworpen als grondslag van de gekwalificeerde benadeling. Vooral

¹⁵⁶⁵ Cass. 12 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1564, *Pas.* 2000, 1531, *Rev. not. b.* 2001, 109, noot, *RCJB* 2003, 74, met goedkeurende noot P. WÉRY, *RW* 2002-2003, 416, met goedkeurende noot A. VAN OEVELEN, *TFR* 2002, 69, noot E. DE BIE. Zie tevens I. CLAEYS, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", in X. (ed.), *Sancties en nietigheden*, 2003, (267) 277-278; J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, (301) 313; S. NUDELHOLE, "L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause et l'erreur sur le mobile déterminant", in X. (ed.), *Mélanges John Kirkpatrick*, 2004, (711) 717; A. VAN OEVELEN, "Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens een ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?", (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RW* 2002-2003, (417) 420-421; P. WÉRY, "Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques", (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, (78) 81.

¹⁵⁶⁶ Cass. 7 oktober 2004, *FJF* 2005, 230, noot, *Pas.* 2004, I, 1513.

¹⁵⁶⁷ Zie A. DE BERSAQUES, "La notion de bonnes mœurs et la sanction y contrevenant", (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 188-189; A. DE BERSAQUES, "Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie?", (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 197 e.v. Zie ook RENARD, VIEUJEAN en HANNEQUART, *Novelles*, IV, 1957, 425.

¹⁵⁶⁸ *Supra*, nrs. 365-419.

¹⁵⁶⁹ *Supra*, nr. 375.

¹⁵⁷⁰ A. DE BERSAQUES, "La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant", (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 188. Zie ook DE BERSAQUES, "L'abus de droit", (noot onder Gent 20 november 1950), *RCJB* 1953, (272) 282 e.v.

¹⁵⁷¹ A. DE BERSAQUES, "La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant", (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 189.

DE BERSAQUES, die in zijn eerste bijdragen omtrent de gekwalificeerde benadeling de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag naar voor schuift, werkte nadien een aantal bezwaren ten aanzien van diezelfde grondslag uit.

a. Inconsistentie met de leer der wilsgebreken

507. *Algemeen belang versus private belangen* – De vier geldigheidsvereisten die in artikel 1108 B.W. opgenomen zijn, streven niet allemaal dezelfde doelstelling na. Aangenomen wordt dat sommige geldigheidsvereisten, zoals de vereisten van een wettig voorwerp en een geoorloofde oorzaak, het algemeen belang beschermen. Andere geldigheidsvereisten, zoals het vereiste van afwezigheid van wilsgebreken en het vereiste van handelingsbekwaamheid, hebben daarentegen de bescherming van private belangen voor ogen. Neemt men de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling aan, dan wordt het bedingen van overdreven voordelen via een misbruik van de inferieure positie van de medecontractant strijdig geacht met het algemeen belang.

508. *Inconsistentie met de wilsgebreken bedrog en geweld* – Bovenstaande denkwijze inzake de gekwalificeerde benadeling wordt bekritiseerd omwille van de moeilijke verzoenbaarheid ervan met de leer van de wilsgebreken.¹⁵⁷² Het is immers allerm minst logisch dat een overeenkomst die aangetast is door gekwalificeerde benadeling, gesanctioneerd wordt met een absolute nietigheid, terwijl de overeenkomst die aangetast is door bedrog of geweld (evenzeer precontractuele fouten), gesanctioneerd worden met een relatieve nietigheid.¹⁵⁷³ Het aanwenden van bedrieglijke kunstgrepen en het uitoefenen van dwang lijkt vanuit maatschappelijk oogpunt immers verwerpelijker dan het loutere misbruik van andermans inferioriteit.¹⁵⁷⁴ De achterliggende reden tot sanctionering van bedrog of geweld is dezelfde als bij de gekwalificeerde benadeling, met name de bescherming van die personen die er niet in slagen zichzelf voldoende te beschermen. Ook de gekwalificeerde benadeling zou derhalve een bescherming van private belangen beogen.¹⁵⁷⁵

509. *Inconsistentie met het incidenteel bedrog* – De gekwalificeerde benadeling vertoont nog meer gelijkenis met het incidenteel bedrog, aangezien deze rechtsfiguur eveneens door rechtspraak en rechtsleer werd ontwikkeld. Van *incidenteel bedrog* is sprake wanneer het bedrog niet doorslaggevend is, hetgeen inhoudt dat de tegenpartij zonder het bedrog ook zou hebben gecontracteerd, doch tegen minder bezwarende voorwaarden.¹⁵⁷⁶ Voor de sanctionering van het incidenteel bedrog wordt een beroep gedaan op de leer van de *culpa in contrahendo*, een toepassing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Wanneer als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling geopteerd wordt voor de ongeoorloofde oorzaak, ontstaat een moeilijk te verklaren inconsistentie met het incidenteel

¹⁵⁷² Zie J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 135-136; R. VANDEPUTTE, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, 1977, 94.

¹⁵⁷³ A. DE BERSAQUES, “L’abus en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 25; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtigd jaar 1976-1977)”, *RW* 1977-1978, (2289) 2295. Zie tevens CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 74-75; R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 567; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 549; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 273.

¹⁵⁷⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 146. Zie tevens CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75.

¹⁵⁷⁵ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 36; J. LIMPENS en R. KRUTHOF, “Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations”, *RCJB* 1969, (187) 191-192.

¹⁵⁷⁶ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 86; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 315.

bedrog, aangezien beide rechtsfiguren niet-wettelijk geregelde toepassingsgevallen zijn van de precontractuele fout.¹⁵⁷⁷

b. Onaangepaste sanctie

510. *Algemeen* – Ook het onaangepaste karakter van de absolute nietigheid wordt als bezwaar opgeworpen ten aanzien van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag. Deze sanctie zou niet aangepast zijn aan het belang van de benadeelde partij, en zelfs indruisen tegen diens belangen.¹⁵⁷⁸ Verder lijkt ook de intensiteit van de nietigheid erop te wijzen dat deze sanctie niet de aangewezen sanctionering van de gekwalificeerde benadeling is.

511. *Kenmerken van de absolute nietigheid* – De absolute en de relatieve nietigheid brengen dezelfde gevolgen teweeg. Het verschil tussen beiden betreft *enerzijds* de kring van personen die de nietigheid kunnen invoeren, en *anderzijds* de factoren die de nietigheid doen uitdoven.¹⁵⁷⁹ Zo is de kring van aanspraakgerechtigden bij de absolute nietigheid groter dan bij de relatieve nietigheid. De absolute nietigheid verjaart slechts na dertig jaar, dit terwijl de relatieve nietigheid reeds na tien jaar verjaart. De absolute nietigheid is – in tegenstelling tot de relatieve nietigheid – evenmin vatbaar voor bevestiging.¹⁵⁸⁰

512. *Aspect van de aanspraakgerechtigden* – In geval van een absolute nietigheid strekt de kring van de aanspraakgerechtigden zich uit tot alle belanghebbenden.¹⁵⁸¹ Hieronder valt ook de bevoordeelde partij. Dit leidt tot het ongewenste resultaat dat ook de bevoordeelde partij de nietigheid kan opwerpen van de overeenkomst die tot stand kwam onder invloed van gekwalificeerde benadeling.¹⁵⁸² DE BONDT meent evenwel dat dit geen onoverkomelijk probleem is. Hij volgt hiermee de pragmatische aanpak van de Nederlandse auteur PITLO. Contractanten kunnen in dit opzicht slechts zelf de nietigheid invoeren, indien het doel dat het recht met de nietigheid nastreeft, daarmee gediend is.¹⁵⁸³ Ook VAN GERVEN meent dat bij uitzondering het recht om de nietigheid in te roepen, geweigerd kan worden aan de partij die aan de nietigheid schuld heeft. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de nietigheid bedoeld is als sanctie gericht tegen de handelende persoon, alsook wanneer de toestand van de persoon tegen wie de nietigheid uitwerking heeft, meer bescherming verdient.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁷ A. DE BERSAQUES, “L’abus en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752. Op impliciete wijze, zie J. LIMPENS en R. KRUTHOF, “Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations”, *RCJB* 1969, (187) 192.

¹⁵⁷⁸ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 25-27. Zie voordien reeds bij dezelfde auteur: A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519-520; A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 502-503. Zie tevens DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 147; D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisieel”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1495; P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, (65) 83; T. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, *W. Akte* 1996, (142) 150; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2485-2486.

¹⁵⁷⁹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 431-432.

¹⁵⁸⁰ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 40; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 440-441.

¹⁵⁸¹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 437.

¹⁵⁸² DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 147.

¹⁵⁸³ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 147-148, met verwijzing naar PITLO, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 1979, 242.

¹⁵⁸⁴ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 437.

513. *Intensiteit van de nietigheid* – Ook de intensiteit van de (absolute) nietigheid werpt bezwaren op. Vaak is de nietigheid te verstrekkend om in geval van gekwalificeerde benadeling recht te laten geschieden, dit zowel ten aanzien van de benadeelde partij als ten aanzien van derden.¹⁵⁸⁵ *Tussen de contractpartijen onderling* heeft de nietigheid tot gevolg dat geen van beiden nog de uitvoering van de overeenkomst kan vorderen. Het reeds gepresteerde dient in beginsel zelfs te worden teruggegeven ten gevolge van de retroactieve werking. Nochtans blijkt de benadeelde meestal meer belang te hebben bij een eenvoudige aanpassing van de overeenkomst.¹⁵⁸⁶ *Ten overstaan van een derde* houdt de regel in dat de nietigheid in beginsel ook tegen hem werkt. De rechten die de derde verkregen zou hebben, vervallen. Dat houdt een inbreuk in op de rechtszekerheid, die zeer scherp wordt gevoeld omdat het de derde veelal onmogelijk was om het gebrek waarmee de rechtshandeling behept was, te kennen.¹⁵⁸⁷

c. Ongeoorloofde oorzaak versus ongeoorloofd middel

514. *Ongeoorloofde oorzaak: ongeoorloofde determinerende beweegreden* – Bij de beoordeling van het (on)geoorloofd karakter van de oorzaak van een rechtshandeling wordt nagegaan of de *beslissende beweegreden(en)* in hoofde van een partij om een verbintenis aan te gaan, in overeenstemming is (zijn) met de dwingende wetsbepalingen, met de openbare orde en met de goede zeden. Een doorslaggevende beweegreden is die beweegreden die beide partijen of één van hen tot het verrichten van een rechtshandeling heeft aangezet.¹⁵⁸⁸ De toepassing van de artikelen 6, 1131 en 1133 B.W. hebben tot doel het ongeoorloofde resultaat van de overeenkomst te sanctioneren en niet de ongeoorloofde middelen om dit resultaat te bereiken.¹⁵⁸⁹

515. *Gekwalificeerde benadeling: ongeoorloofd middel* – De toepassing van de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling zou geen correcte toepassing inhouden van het begrip *oorzaak*. Met de gekwalificeerde benadeling wil men immers niet het ongeoorloofde resultaat van de overeenkomst beteugelen, maar wel de bij de totstandkoming van de overeenkomst door één van de contractanten aangenomen ongeoorloofde houding en gevolgde handelwijze.¹⁵⁹⁰ Bij de gekwalificeerde benadeling is immers niet de doorslaggevende beweegreden tot het aangaan van de overeenkomst ongeoorloofd. De ongeoorloofdheid ligt veeleer in het middel dat gehanteerd wordt om het doel te bereiken.¹⁵⁹¹ Het doel van de overeenkomst die tot stand kwam onder

¹⁵⁸⁵ A. DE BERSAQUES, “L’abus en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519; DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 149; T. LANNOY, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, (142) 150. Dit kadert binnen een algemene tendens tot modulering van de radicale nietigheidssanctie. Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 129 e.v.

¹⁵⁸⁶ DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 149; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 36.

¹⁵⁸⁷ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 26; DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 149; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 416.

¹⁵⁸⁸ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 142. Zie in dezelfde zin CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 144.

¹⁵⁸⁹ R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 479; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)”, *RW* 1977-1978, (2289) 2295.

¹⁵⁹⁰ Antwerpen 21 januari 1986, *RW* 1986-87, 1488, noot D. DELI; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 285.

¹⁵⁹¹ Antwerpen 21 januari 1986, *RW* 1986-87, 1488, noot D. DELI; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 25-26. Zie voordien reeds bij deze auteur: A. DE BERSAQUES, “L’abus en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 518; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.) *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 500-501. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 285; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Verbintenissenrecht (Gerechtigde jaren 1978-1979 en 1979-1980)”, *RW* 1980-1981, (2367) 2371; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 35; R. KRUTHOF, “Overzicht van rechtspraak (1974-1980).

invloed van gekwalificeerde benadeling, bestaat in het realiseren van een aanzienlijke winst, hetgeen op zichzelf beschouwd allerm minst ongeoorloofd is. Wat wel in strijd is met de goede zeden, is de wijze waarop dit doel wordt gerealiseerd, namelijk door de uitbuiting van de inferieure positie van de medecontractant.¹⁵⁹²

d. Verschillende toepassingsvoorwaarden

516. *Gemeen karakter van de ongeoorloofde oorzaak* – Voor de toepassing van de artikelen 1131 en 1133 B.W. werd lange tijd vereist dat alle bij de rechtshandeling betrokken partijen kennis hadden van het ongeoorloofde doel. Toegepast op de gekwalificeerde benadeling hield dit in dat enkel wanneer de benadeelde weet had van het misbruik in hoofde van de medecontractant bij de contractsluiting, de nietigheid van de overeenkomst gevorderd kon worden.¹⁵⁹³ Het spreekt voor zich dat dit vereiste bij de gekwalificeerde benadeling vaak niet vervuld is, zeker in geval van misbruik van nalatigheid, onwetendheid of lichtzinnigheid.¹⁵⁹⁴ VAN GERVEN stelde hieromtrent dat het vereiste van het gemeen karakter van de ongeoorloofde oorzaak moeilijk kan worden toegepast bij rechtshandelingen waarbij de onrechtmatigheid juist bestaat in de (in strijd met de goede zeden) uitbuiting van de tegenpartij.¹⁵⁹⁵ Op vandaag rijst dit bezwaar evenwel niet langer, gelet op het hierboven aangehaalde arrest van het Hof van Cassatie van 12 oktober 2000, waarin geoordeeld werd dat de ongeoorloofde oorzaak niet gemeen moet zijn aan beide partijen.¹⁵⁹⁶

3. Eigen theorievorming

517. *Vraagstelling* – Artikelen 6, 1108, 1131 en 1133 B.W. strekken ertoe overeenkomsten te verbieden die een ongeoorloofde toestand creëren, bevorderen of instandhouden.¹⁵⁹⁷ Het voorwerp en

Verbintenissen”, *TPR* 1983, (495) 567; J. LIMPENS, “Examen de jurisprudence (1949 à 1952). Les obligations”, *RCJB* 1953, (48) 54; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1953 à 1955). Les obligations”, *RCJB* 1956, (199) 201; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 136; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752; TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, 2001, 549; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2485; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)”, *RW* 1977-1978, (2289) 2295; VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 273.

¹⁵⁹² D. DELI, “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisie”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-1987, (1493) 1495.

¹⁵⁹³ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.) *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 501-502; A. DE BERSAQUES, “L’abus en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519; A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wtr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 193.

¹⁵⁹⁴ Zie A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 24 en 26. Zie voordien reeds bij dezelfde auteur: A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 519; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 501-502; A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wtr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 193. Zie tevens DE BONDY, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 152; P.A. FORIERS, “L’objet”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, 1994, (65) 83; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 35; T. LANNON, “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, *W. Akte* 1996, (142) 150; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2485-2486. Zie in dit verband echter de bemerkingen van LANGEMEIJER, conclusie bij Hoge Raad 1 januari 1957, *NJ* 1959, 117, noot H.B.

¹⁵⁹⁵ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 348.

¹⁵⁹⁶ *Supra*, nr. 503.

¹⁵⁹⁷ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 315, met verwijzing naar F. MOURLON-BEERNAERT, “La théorie de l’objet illicite à la lumière de la théorie (moderne) de la cause”, *DAOR* 2000, (358) 361-362.

de oorzaak zijn de in het Belgische recht aangewezen instrumenten om die ongeoorloofde toestand, d.i. strijdigheid met de openbare orde, goede zeden of bepalingen van dwingend recht, te toetsen.¹⁵⁹⁸

Teneinde te onderzoeken of de figuur van de gekwalificeerde benadeling haar grondslag vindt in de theorie van de ongeoorloofde oorzaak, dient de volgende vraag te worden gesteld: *Sanctioneert de Belgische rechtspraak en rechtsleer de gekwalificeerde benadeling omdat de overeenkomst die onder invloed van die rechtsfiguur tot stand kwam, een ongeoorloofde oorzaak heeft?* O.i. dient deze vraag negatief te worden beantwoord. Er anders over oordelen impliceert immers een verkeerde invulling van het oorzaakbegrip.

518. *Schending van de goede zeden* – Het uitbuiten van de zwakke positie van de medecontractant om voor zichzelf buitensporige voordelen te bedingen, wordt terecht als moreel onaanvaardbaar gedrag beschouwd.¹⁵⁹⁹ Het is algemeen aanvaard dat een maatregel of rechtsfiguur die ter bescherming van bepaalde zwakke groepen werd ingevoerd, evenzeer door redenen van algemeen belang kan zijn ingegeven. Vaak kan evenwel worden afgewogen of de bescherming van het maatschappelijk belang als dusdanig, dan wel de bescherming van bepaalde personen centraal staat.¹⁶⁰⁰

Of bij de ontwikkeling van de gekwalificeerde benadeling nu eerder de bescherming van de goede zeden dan wel de bescherming van de zwakkere contractpartij centraal stond – beiden kunnen o.i. in geval van de gekwalificeerde benadeling trouwens als keerzijden van dezelfde medaille worden beschouwd –, is weinig relevant. Immers, een strijdigheid met de goede zeden wordt naar Belgisch recht slechts met (absolute) nietigheid gesanctioneerd, indien de *oorzaak* of het *voorwerp* van de overeenkomst in strijd met de goede zeden, en dus ongeoorloofd, is. Is dat niet het geval, dan zal de schending van de goede zeden bij de totstandkoming van de overeenkomst als een precontractuele fout worden beschouwd, die in beginsel aanleiding geeft tot een schadevergoeding.¹⁶⁰¹ Dit verklaart ook waarom vele auteurs inzake de gekwalificeerde benadeling een fout aanwijzen die bestaat uit een schending van de goede zeden.¹⁶⁰²

519. *Het Duitse recht* – De vele verwijzingen die auteurs maken naar het begrip *goede zeden* in het kader van de gekwalificeerde benadeling, zijn ongetwijfeld mee ingegeven door het Duitse recht. In het Duitse recht wordt de rechtsfiguur woeker immers wettelijk beschouwd als een toepassing van een strijdigheid met de goede zeden. Anders dan in het Belgische recht, wordt met §138 BGB de toetsing van een mogelijke strijdigheid met de goede zeden, niet gekoppeld aan de oorzaak of het voorwerp van de overeenkomst.¹⁶⁰³ De bepaling van §138 BGB wordt daarentegen zeer ruim ingevuld. De goede

¹⁵⁹⁸ K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (3), 28; K. VANDERSCHOT, “De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 2006, (43) 52.

¹⁵⁹⁹ Aangaande de invulling van het begrip *goede zeden*, zie *supra*, nr. 501.

¹⁶⁰⁰ J. DE CONINCK, “Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, (301) 306-307.

¹⁶⁰¹ In dezelfde zin, zie ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 372. Zie tevens bij CORNELIS die onderzoekt of een miskenning van één van de geldigheidsvereisten van de overeenkomst automatisch een buitencontractuele fout inhoudt. Wanneer de overtreden bepaling de openbare orde of de goede zeden raakt, dan begaat de partij die aan de basis ligt van deze overtreding volgens CORNELIS in beginsel een buitencontractuele fout. Zie L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 68 e.v.

¹⁶⁰² A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 27; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, 1963, (487) 504-505; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1948, 42. Zie recenter ook bij VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 77 en 125-126.

¹⁶⁰³ *Supra*, nrs. 468 e.v.

zeden verwijst naar de rechts- en fatsoensnorm van alle redelijke en billijke burgers. Niet enkel de moraliteit van de handel op zich, maar ook ermee strijdige, schandelijke handelingen worden gevisieerd.¹⁶⁰⁴ Van zodra een handeling in strijd is met deze gemiddelde rechts- en fatsoensnorm van de redelijke en billijke burger, wordt een strijdigheid met de goede zeden vastgesteld.

520. *Oneigenlijke invulling van het oorzaakbegrip* – Aannemen dat de gekwalificeerde benadeling steunt op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak, zou een oneigenlijke invulling van het begrip oorzaak met zich meebrengen. De oorzaak van een overeenkomst is immers ongeoorloofd, indien de *determinerende beweegreden(en)* in hoofde van één of meerdere partijen ongeoorloofd is. Bij de gekwalificeerde benadeling is echter niet de determinerende beweegreden, met name het realiseren van een aanzienlijke of zelfs buitensporige winst, verwerpelijk. Mocht dat het geval zijn, dan zou in ons recht de figuur van de eenvoudige benadeling immers als algemene nietigheidsgrondslag erkend zijn, wat niet het geval is.¹⁶⁰⁵ Bij de gekwalificeerde benadeling is veeleer de wijze waarop dit aanzienlijk voordeel bekomen wordt, met name via misbruik van de inferieure positie van de medecontractant, verwerpelijk. Stoelt men derhalve de gekwalificeerde benadeling op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak, dan geeft men aan het oorzaakvereiste een verkeerde invulling.

521. *Stelling VAN GERVEN* – In dat opzicht dient ook de recente opvatting van VAN GERVEN te worden verworpen. Deze auteur oordeelt dat in geval van gekwalificeerde benadeling een verkeerd gebruik van de contractvrijheid voorligt, wat een fout in de zin van artikel 1382 B.W. uitmaakt. Daarom zou de op grond van deze misbruik van contractvrijheid gesloten overeenkomst een ongeoorloofde oorzaak hebben. Het ongeoorloofd karakter van de oorzaak zou in het bijzonder liggen in een strijdigheid met de goede zeden door het ernstige misbruik van andermans situatie van ongelijkheid. Door de combinatie – die deze auteur voorstaat – van het ongeoorloofde karakter van de oorzaak en de *culpa in contrahendo* liggen natuurlijk ruimere sanctioneringsmogelijkheden open. De overeenkomst kan in dat geval immers geheel of gedeeltelijk vernietigd worden, al dan niet gecombineerd met een bijkomende schadevergoeding.¹⁶⁰⁶ Ook hier lijkt echter een verkeerde invulling te worden gegeven aan het oorzaakvereiste. Zelfs indien aangenomen wordt dat het ernstige misbruik van andermans situatie van ongelijkheid bij gekwalificeerde benadeling de ongeoorloofde determinerende beweegreden in hoofde van de bevoordeelde partij uitmaakt, dan nog lijkt dit te impliceren dat het misbruik opzettelijk werd uitgeoefend, hetgeen slechts door een minderheid van de Belgische rechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard.¹⁶⁰⁷

522. *Gevolgen van onze stellingname* – Dat de gekwalificeerde benadeling niet op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak kan worden gegrondvest, blijkt tevens uit de nadelen en inconsistenties die met deze grondslag gepaard gingen. Met het verwerpen van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling, verdwijnen ook deze nadelen en inconsistenties.

Zo werd opgeworpen dat de absolute nietigheid een onaangepaste sanctie is, gelet op de doelstelling van de gekwalificeerde benadeling, d.i. de bescherming van de belangen van de medecontractant die zich in een inferieure positie bevindt. Op zichzelf beschouwd vormt dit geen overtuigend argument om de ongeoorloofde oorzaak als grondslag te verwerpen.¹⁶⁰⁸ Zo werd in dit

¹⁶⁰⁴ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 80.

¹⁶⁰⁵ *Supra*, nr. 168.

¹⁶⁰⁶ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 125-126.

¹⁶⁰⁷ *Supra*, nr. 414.

¹⁶⁰⁸ Zie evenwel in andere zin, W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2486, aangaande de ongeoorloofde oorzaak dan wel de *culpa in contrahendo* als grondslag van de gekwalificeerde benadeling: “(...) zou de leer van de ‘culpa in contrahendo’ de rechter meer armslag geven bij het moduleren van de regel en van de sanctie

verband terecht gewezen op de moduleringstechnieken van de nietigheidssanctie die de verregaande gevolgen van de nietigheid kunnen temperen.¹⁶⁰⁹ Wel is deze onaangepaste sanctie symptomatisch voor het feit dat de ongeoorloofde oorzaak geen zuivere grondslag van de gekwalificeerde benadeling kan uitmaken. Ook de opgeworpen inconsistenties met de leer van de wilsgebreken vervallen, eens aangenomen wordt dat de gekwalificeerde benadeling niet gegrond kan worden op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak.

§2. *Fraus omnia corrumpit*

A. *Verworvenheden in het Belgische recht*

523. *Draagwijdte: volstrekt verbod van bedrog* – Het adagium *fraus omnia corrumpit* houdt in dat men zich nooit op zijn bedrog kan beroepen, noch in contractuele, noch in buitencontractuele rechtsverhoudingen, om de toepassing van een rechtsregel in zijn voordeel te rechtvaardigen.¹⁶¹⁰ De rechtsgevolgen die een rechtssubject nastreeft met zijn handelingen wanneer hij aan een ander opzettelijk schade wil toebrengen, worden door het bedrog vernietigd.¹⁶¹¹ Leidt een rechtsregel of een rechtsfiguur ertoe dat een persoon een ongeoorloofde handeling met een bedrieglijke aantasting van de rechten van contractpartijen of van derden ten gelde kan maken, dan moet deze regel of figuur onwerkzaam worden gemaakt.¹⁶¹² Het adagium neutraliseert dan ook de rechtsgevolgen van verbintenissen en vorderingsrechten die door opzettelijk schadeberokkenend gedrag ontstaan zijn.¹⁶¹³

Het Hof van Cassatie heeft *fraus omnia corrumpit* reeds in 1968 uitdrukkelijk als een algemeen rechtsbeginsel erkend.¹⁶¹⁴ Deze uitspraak werd door het Hof nadien nog verschillende keren bevestigd.¹⁶¹⁵

524. *Toepassingen in het contractenrecht* – Verscheidene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek worden als toepassingen van *fraus omnia corrumpit* beschouwd. Hierbij kan verwezen worden naar artikel 1116 B.W. inzake het wilsgebrek bedrog alsook naar artikel 1167 B.W. inzake de pauliaanse vordering.¹⁶¹⁶

(nietigheid van de overeenkomst of van de kwetsieuze clause of matiging van de overdreven prestatie), zodat beiden zo goed mogelijk aan de concrete omstandigheden kunnen worden aangepast, dan dient zij de voorkeur te krijgen.”

¹⁶⁰⁹ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.) *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 502; A. DE BERSAQUES, “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d’industrie?”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, (190) 200; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2486.

¹⁶¹⁰ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1989, (95) 137; B. WEYTS, “Fraus omnia corrumpit in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: geen aansprakelijkheidsverdeling in geval van opzet”, (noot onder Cass. 6 november 2002), *RW* 2002-2003, (1629) 1631.

¹⁶¹¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 299.

¹⁶¹² P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 607.

¹⁶¹³ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 299.

¹⁶¹⁴ Cass. 23 januari 1968, *Arr. Cass.* 1968, 695, *Pas.* 1968, I, 649. Zie A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1989, (95) 138; P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 592-593.

¹⁶¹⁵ Zie o.m. Cass. 19 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 499, *Pas.* 2004, 476; Cass. 6 november 2002, *JT* 2003, 310, concl. adv.-gen. SPREUTELS, *RCJB* 2004, noot F. GLANSDORFF; Cass. 3 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 918, *Pas.* 1997, I, 962.

¹⁶¹⁶ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1989, (95) 138. Zie ook CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 299. Vergelijk P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 594-595.

525. *Toepassingsvoorwaarden* – Opdat dit algemeen rechtsbeginsel toegepast kan worden op een bepaalde handeling, dienen twee voorwaarden vervuld te zijn. Diegene tegen wie het adagium wordt ingeroepen, moet vooreerst door een foutieve gedraging een inbreuk hebben gepleegd op de rechten van een ander rechtssubject.¹⁶¹⁷ Een loutere schending van de rechten van een ander rechtssubject is echter onvoldoende. Er moet een foutieve gedraging voorliggen, d.i. een schending van een wettelijke bepaling of een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm.¹⁶¹⁸

Vervolgens moet deze gedraging als bedrieglijk kunnen worden gekwalificeerd.¹⁶¹⁹ Vereist is dat het rechtssubject handelde met opzet, d.i. met de bedoeling om schade te veroorzaken. Er wordt evenwel niet vereist dat ook daadwerkelijk schade zou zijn veroorzaakt.¹⁶²⁰ Als algemene richtlijn wordt de definitie van bedrog zoals aangegeven door het Hof van Cassatie in een arrest van 3 oktober 1997 vooropgesteld: “*l’application du principe général de droit “Fraus omnia corrumpit” suppose l’existence d’une fraude, laquelle implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain.*”¹⁶²¹ Met het cassatiearrest van 6 november 2002 lijkt het Hof de toepassing van het adagium uit te breiden naar alle opzettelijke fouten (*fautes intentionnelles*).¹⁶²² Het betreft dan iedere vrijwillige schending van een verbintenis, wanneer het rechtssubject bewust was of bewust moest zijn van de schade die daaruit zou voortvloeien en desalniettemin zijn foutief gedrag heeft voortgezet. Deze uitbreiding wordt echter betwist.¹⁶²³ Sommige auteurs menen dat door dit arrest de opzettelijke fout enkel gelijkgesteld wordt aan bedrog, teneinde de uitzondering op de regel van de aansprakelijkheidsverdeling in geval van samenloop van fouten te bekomen.¹⁶²⁴

526. *Sanctionering* – De toepassing van *fraus omnia corrumpit* leidt allereerst tot de niet-tegenwerpbaarheid van de bedrieglijk beoogde rechtsgevolgen. De afdwingbaarheid van de bedrieglijk in andermans hoofde tot stand gebrachte verbintenis(sen) wordt als het ware geneutraliseerd. De bedrieger kan als verweer evenmin de fout van het slachtoffer inroepen, wanneer deze zich door eigen onvoorzichtigheid of nalatigheid heeft laten misleiden.¹⁶²⁵

Sommige auteurs, zoals VAN OMMESLAGHE¹⁶²⁶ en ROMAIN¹⁶²⁷, nemen aan dat indien het bedrog voorvalt tussen contractpartijen, de sanctionering er uiteindelijk toe kan leiden dat de

¹⁶¹⁷ Cass. 3 oktober 1997, Arr. Cass. 1997, 918; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 300; P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 608.

¹⁶¹⁸ Zie X. DIEUX, “Développements de la maxime “*Fraus omnia corrumpit*” dans la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique”, in P.A. FORIERS (ed.), *Actualité du droit des obligations*, 2005, (125) 143.

¹⁶¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 608.

¹⁶²⁰ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 301.

¹⁶²¹ Cass. 3 oktober 1997, Arr. Cass. 1997, 918, Pas. 1997, I, 962, aangehaald door P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 609.

¹⁶²² Cass. 6 november 2002, *RCJB* 2004, 267, aangehaald bij P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 609-610.

¹⁶²³ Zie o.m. bij CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 300; J. KIRKPATRICK, “La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime”, *JT* 2003, (573) 576; P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 610.

¹⁶²⁴ X. DIEUX, “Développements de la maxime “*Fraus omnia corrumpit*” dans la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique”, in P.A. FORIERS (ed.), *Actualité du droit des obligations*, 2005, (125) 151; P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 611. Zie ook *infra*, nr. 723.

¹⁶²⁵ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 299-300.

¹⁶²⁶ P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 608.

¹⁶²⁷ ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 790 e.v.

handeling volledig ter zijde wordt geschoven, wat uitmondt in de onwerkzaamheid ervan. VAN OMMESLAGHE meent hiervoor steun te vinden in het cassatierarrest van 19 maart 2004.¹⁶²⁸

B. Gekwalificeerde benadeling als toepassing van *fraus omnia corrumpit*

1. Opvattingen CORNELIS en ROMAIN

527. *Algemeen* – CORNELIS en ROMAIN menen dat de gekwalificeerde benadeling niet enkel tot een precontractuele aansprakelijkheid aanleiding kan geven. Gekwalificeerde benadeling stuit immers ook op het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*, wanneer de uitvoering van een aldus verkregen verbintenis wordt gevorderd.¹⁶²⁹ ROMAIN verankert de gekwalificeerde benadeling in het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw. Hij doet dat op basis van de theorieën die volgens hem op dit algemeen rechtsbeginsel gegrondvest zijn, met name de theorie inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid en het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*.¹⁶³⁰

528. *Niet-tegenwerpelijke als (aanvullende) sanctie* – Wanneer met de meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer wordt aangenomen dat de gekwalificeerde benadeling een toepassing vormt van de *culpa in contrahendo*, gesanctioneerd op basis van de artikelen 1382-1383 B.W., dan brengt de gekwalificeerde benadeling de geldigheid van de rechtshandeling niet in het gedrang. De artikelen 1382-1383 B.W. geven in beginsel immers enkel aanleiding tot vergoeding van de schade. Wanneer evenwel de uitvoering van de onder gekwalificeerde benadeling bekomen verbintenis wordt gevorderd, kan de toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* leiden tot de niet-tegenwerpbaarheid van deze vordering.¹⁶³¹ Het slachtoffer van de benadeling kan deze niet-tegenwerpbaarheidssanctie cumulatief of alternatief met een vordering op basis van precontractuele aansprakelijkheid instellen.¹⁶³² Opnieuw kan hier de tendens worden opgemerkt waarbij verschillende mogelijke grondslagen worden gecombineerd, *in casu* de *culpa in contrahendo* op basis van artikel 1382-1383 B.W. en het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*, teneinde over ruime sanctioneringsmogelijkheden te beschikken.¹⁶³³

529. *Toepassingsvoorwaarden* – De toepassingsvoorwaarden van *fraus omnia corrumpit* zouden volgens deze auteurs grotendeels dezelfde zijn als die van de gekwalificeerde benadeling. Er moet bewezen worden dat een bedrieglijke handeling ten grondslag ligt van de benadeling. Het rechtssubject dat misbruik maakt van de zwakheid van de medecontractant, begaat een frauduleuze handeling.¹⁶³⁴ Het schadevereiste vertaalt zich in het vereiste van een legitiem belang om op te treden tegen de veroorzaker van de benadeling. De veroorzaker van de benadeling zou zich niet kunnen

¹⁶²⁸ Cass. 19 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 499, *Pas.* 2004, 476, aangehaald door P. VAN OMMESLAGHE, “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X. (ed.), *Liber amicorum Paul Martens*, 2007, (591) 608.

¹⁶²⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 76; ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 353; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 756. Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 195.

¹⁶³⁰ ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 353; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 756.

¹⁶³¹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 76. Zie tevens ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 353.

¹⁶³² ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 370.

¹⁶³³ Zie tevens *supra*, nr. 521, waar VAN GERVEN de nietigheidssanctie wegens ongeoorloofde oorzaak reeds combineerde met de precontractuele aansprakelijkheid op basis van art. 1382-1383 B.W.

¹⁶³⁴ J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 756; ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 353 en 372.

beroepen op het ontbreken van een oorzakelijk verband tussen zijn bedrieglijke handeling en de benadeling, bijvoorbeeld ten gevolge van een onverschoonbare fout in hoofde van het slachtoffer.¹⁶³⁵

2. Eigen theorievorming

530. *Te beperkte grondslag* – Het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* vormt o.i. een te beperkte grondslag voor de gekwalificeerde benadeling. Voor de toepassing van dit adagium is immers vereist dat een bedrieglijke handeling ten grondslag ligt aan de benadeling. Hierboven werd reeds duidelijk dat slechts een minderheid van rechtspraak en rechtsleer aanneemt dat voor de gekwalificeerde benadeling een actief gebruik van de inferioriteit met het opzet de inferioriteit van de medecontractant te benutten, vereist is.¹⁶³⁶ Voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling is derhalve geenszins een bedrieglijke handeling vereist. Er anders over oordelen, impliceert trouwens ook dat nauwelijks nog een onderscheid kan worden gemaakt tussen de gekwalificeerde benadeling en het wilsgebrek bedrog.¹⁶³⁷

Met CAUFFMAN moet worden aangenomen dat het evenmin zeker is dat het Hof van Cassatie een vordering op basis van *fraus omnia corrumpit* zal aanvaarden, wanneer het met deze vordering beoogde resultaat tevens bereikt kan worden door toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁶³⁸ Wel kan het algemeen rechtsbeginsel als verweermiddel een aanvullende rol vervullen, indien de bevoordeelde partij de uitvoering van de onder invloed van gekwalificeerde benadeling ontstane overeenkomst vordert, dit op voorwaarde dat een bedrieglijke handeling in hoofde van deze bevoordeelde partij kan worden aangetoond. Evenwel zou in die situatie o.i. evenzeer het wilsgebrek bedrog kunnen worden ingeroepen.

§3. Leer van de precontractuele aansprakelijkheid (*culpa in contrahendo*)

A. Voorafgaande vaststellingen

531. *Culpa in contrahendo en rechtsmisbruik als mogelijke grondslagen* – Eind jaren '60 verwierpen de meeste auteurs reeds de idee dat de gekwalificeerde benadeling op de theorie van de ongeoorloofde oorzaak was gegrond. De theorie van de *culpa in contrahendo*, als toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid neergelegd in de artikelen 1382-1383 B.W., werd als een meer gepaste grondslag voor de gekwalificeerde benadeling beschouwd. Het misbruik van de inferieure positie van de medecontractant maakt immers een schending uit van de algemene zorgvuldigheidsplicht die ook de fase van de totstandkoming van de overeenkomst beheerst. De rechtspraak volgde deze visie vanaf de jaren '70 en '80.¹⁶³⁹

In de loop der jaren is evenwel gebleken dat niet alle auteurs zich eensgezind achter de grondslag van de *culpa in contrahendo* schaarden. De gekwalificeerde benadeling werd door sommigen verder geëxpliciteerd als een toepassing van de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik. De gekwalificeerde benadeling zou in het bijzonder een misbruik uitmaken van het recht (of de vrijheid) om vrij te contracteren.¹⁶⁴⁰

¹⁶³⁵ ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 373-374. Zie ook CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 76.

¹⁶³⁶ *Supra*, nr. 414.

¹⁶³⁷ *Supra*, nr. 390.

¹⁶³⁸ C. CAUFFMAN, "Gekwalificeerde benadeling", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 206.

¹⁶³⁹ *Supra*, nrs. 365 en 419-420.

¹⁶⁴⁰ *Supra*, nr. 421.

532. *Overzicht: geïntegreerde behandeling* – Sommige auteurs splitsen de (vermeende) toepassingen van de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik in de precontractuele fase af van de theorie inzake de *culpa in contrahendo*.¹⁶⁴¹ Andere auteurs linken deze (vermeende) toepassingen van rechtsmisbruik daarentegen wel aan de theorie inzake de *culpa in contrahendo*.¹⁶⁴² Een geïntegreerde behandeling van beide leerstukken lijkt zich dan ook op te dringen.

We bestuderen allereerst kort de verworvenheden van de theorie inzake de *culpa in contrahendo* naar Belgisch recht. Hierbij komt het door DE BONDT gehanteerde onderscheid tussen de zuivere *culpa in contrahendo* en de toepassingsgevallen van rechtsmisbruik op de voorgrond te staan. We besteden ook de nodige aandacht aan de grondslag van de theorie inzake de *culpa in contrahendo* (buitencontractuele aansprakelijkheidsregels v. goede trouw-vereiste). Vervolgens gaan we dieper in op de gekwalificeerde benadeling als toepassing van de *culpa in contrahendo* (in enge zin) dan wel als toepassing van rechtsmisbruik. Tot slot zullen we in onze eigen theorievorming aantonen dat de gekwalificeerde benadeling niet als een toepassing van rechtsmisbruik kan worden beschouwd, maar wel grondslag vindt in de leer inzake de *culpa in contrahendo*, gegrond op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (artikelen 1382-1383 B.W.).

B. Leer van de culpa in contrahendo: verworvenheden in het Belgische recht

1. Ontstaansgeschiedenis

533. *Gebrek aan wettelijke neerslag* – In het Burgerlijk Wetboek wordt de precontractuele fase niet geregeld.¹⁶⁴³ Enkel de leer van de wilsgebreken wordt behandeld in het luik van de geldigheidsvereisten van overeenkomsten.¹⁶⁴⁴ Bij de redactie van het Burgerlijk Wetboek werd immers geoordeeld dat een te verregaande overheidsinmenging de vrijheid van de burgers al te zeer zou beperken (“*On gouverne mal, quand on gouverne trop*”).¹⁶⁴⁵ Anderzijds veroorzaakte contracteren in de 19^e eeuw weinig problemen: onderhandelingen waren kort en eenvoudig, waardoor er slechts een geringe kans bestond dat er iets fout ging. De wijze van totstandkoming van overeenkomsten is gedurende de eerste helft van de 20^e eeuw echter sterk gewijzigd.¹⁶⁴⁶ Contracteren is op vandaag niet zo eenvoudig meer. De complexiteit van de onderhandelingsfase is voor tal van contracten sterk toegenomen.¹⁶⁴⁷

534. *Genese door VON JHERING* – De Duitse rechtsgeleerde VON JHERING wordt als de geestelijke vader van de theorie inzake de *culpa in contrahendo* beschouwd. In zijn 19^e-eeuwse geschrift *Culpa in*

¹⁶⁴¹ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 96-98; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 216 e.v. en 235 e.v.

¹⁶⁴² L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 396; L. CORNELIS, *Beginnelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112 e.v.

¹⁶⁴³ R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 451; SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 6. Voor Frankrijk: J. SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 50.

¹⁶⁴⁴ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 176. In dezelfde zin, zie W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 93; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, 1983, 57.

¹⁶⁴⁵ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 94; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 436-437.

¹⁶⁴⁶ Zie in het bijzonder SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 8-11.

¹⁶⁴⁷ Zie o.m. L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder Cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 38; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid: een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 80-81; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 93; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 437; M. VANWICK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 18-19.

contrahendo oder *Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen* legde deze auteur de basis voor de leer inzake de *culpa in contrahendo*. De draagwijdte van het begrip *culpa in contrahendo* was bij VON JHERING eerder beperkt. Hiermee doelde hij enkel op die gevallen waar iemand die een aanbod tot contracteren heeft gedaan, nadien de nietigverklaring van het contract vordert op grond van een wilsgebrek. Berokkent deze nietigverklaring schade aan de wederpartij, dan moet de aanbieder deze vergoeden. De aanbieder begaat immers een fout door een contract aan te bieden, dat niet aan de geldigheidsvereisten voldoet.¹⁶⁴⁸

535. *Ontwikkeling in Belgische rechtspraak en doctrine* – De belangstelling vanuit de Belgische rechtspraak en rechtsleer voor de precontractuele rechtsverhouding is voornamelijk toegenomen sinds de tweede helft van de jaren '60.¹⁶⁴⁹ In die periode werd het toepassingsgebied van de *culpa in contrahendo* dan ook uitgebreid naar tal van andere toepassingsgevallen.¹⁶⁵⁰

2. Klassieke toepassingsgevallen en situering in het verbintenissenrecht

a. Klassieke toepassingsgevallen

536. *Algemeen overzicht* – Als toepassingsgevallen van de *culpa in contrahendo* worden klassiek een aantal situaties naar voor geschoven. Hierbij kan verwezen worden naar (i) het foutief afbreken van de onderhandelingen, en (ii) de schending van de precontractuele informatieplicht(en), die al dan niet aanleiding geeft tot toepassing van (iii) de leer van de wilsgebreken.¹⁶⁵¹ Sommige auteurs wijzen ook nog op de voortijdige intrekking van het aanbod als toepassing van een *culpa in contrahendo*.¹⁶⁵²

537. *Foutief afbreken van de onderhandelingen* – Het foutief afbreken van de onderhandelingen wordt vaak als typevoorbeeld van de *culpa in contrahendo* aangehaald, mede omdat deze situatie vaak voorkomt in de rechtspraak.¹⁶⁵³ Het afbreken van gevorderde onderhandelingen tot contractsluiting

¹⁶⁴⁸ A. DE BERSAQUES, "La 'culpa in contrahendo'", (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 278; DE BOECK, *Informatierechten en -plichten*, 2000, 183; H. GEENS, "De grondslagen van de culpa in contrahendo", *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 438-439; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 18.

¹⁶⁴⁹ A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 38; A. DE BOECK, "De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 80. In dezelfde zin, zie W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *TPR* 1984, (95) 104.

¹⁶⁵⁰ Zie L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 41, en de aldaar opgesomde toepassingsgevallen.

¹⁶⁵¹ A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40 e.v.; A. DE BOECK, "De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 82-91; I. DURANT, "La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée", in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 39-40; H. GEENS, "De grondslagen van de culpa in contrahendo", *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 444 e.v.; F. 'T KINT, "Négociation et conclusion du contrat", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 15 e.v. en 21 e.v.; S. STIJNS, "De sanctionering van de wilsgebreken", in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheussen*, 2006, (131) 152; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 137-138; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 19 e.v.; W. WILMS, "Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek", *RW* 1980-1981, (489) 501-505.

¹⁶⁵² L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 39-41; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 20-23; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 39 e.v.

¹⁶⁵³ Zie o.m. rechtspraak aangehaald bij E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)", *RW* 1992-1993, (1209) 1212-1213. Voor *Frankrijk*, zie bespreking bij J. SCHMIDT, "La sanction de la faute

wordt als foutief beschouwd, indien dit gebeurt op een abrupte wijze zonder opgave van een geldige reden, terwijl men bij de wederpartij de legitieme verwachting heeft gewekt dat een overeenkomst zou worden gesloten.¹⁶⁵⁴

538. *Schending van de precontractuele informatieplichten en de leer van de wilsgebreken* – Een schending van een precontractuele informatieplicht (bv. het niet-verschaffen van informatie, het verschaffen van onvolledige of onjuiste informatie) kan schade berokkenen zonder dat de geldigheid van de overeenkomst wordt aangetast. In dat geval kan het slachtoffer van de schending van de informatieplicht een schadevergoeding eisen.¹⁶⁵⁵

Een tekortkoming aan de precontractuele informatieplicht kan echter ook een wilsgebrek veroorzaken. Dan ontstaat een samenspel tussen de nietigheidssanctie en de plicht tot schadeherstel. Die plicht tot schadeherstel wegens precontractuele aansprakelijkheid kan een aanvullende, een vervangende of een alternatieve sanctiemogelijkheid vormen naast de nietigheid.¹⁶⁵⁶ Indien bedrog of geweld bewezen wordt in hoofde van één van de contractpartijen, dan ligt steeds een precontractuele fout voor in hoofde van die partij.¹⁶⁵⁷ Voor het wilsgebrek dwaling liggen de zaken anders. In tegenstelling tot bedrog of geweld waar de nietigheid gevorderd wordt door het slachtoffer van het wilsgebrek, wordt de dwaling ingeroepen door de dwalende partij zelf. De band tussen de dwaling en de *culpa in contrahendo* komt echter tot uiting in het vereiste van de verschoonbaarheid. Is de dwaling onverschoonbaar, dan bestaat in hoofde van de dwalende partij een *culpa in contrahendo*.¹⁶⁵⁸ De dwaling kan daarenboven ook veroorzaakt zijn door een precontractuele fout in hoofde van de tegenpartij.¹⁶⁵⁹

539. *Toepassingsgevallen bij overeenkomst gesloten met consument* – De precontractuele fase kan verschillende gedaantes aannemen, o.m. afhankelijk van de aard van het contract dat men beoogt te sluiten. Zo wordt – in tegenstelling tot contracten uit de economische sector¹⁶⁶⁰ – bij een overeenkomst gesloten met een consument doorgaans niet of nauwelijks onderhandeld. Vaak wordt door de consument zeer snel, en bijgevolg ook vaak zonder de vereiste kennis van zaken, toegestemd tot een contract waarvan de draagwijdte, en ook zijn rechten en plichten, vooraf eenzijdig uitgewerkt werden door de economisch sterkere medecontractant. Bij overeenkomsten gesloten met een consument zal dan ook niet zozeer het foutief afbreken van de onderhandelingen als toepassingsgeval van de *culpa in*

précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 50-61. Voor Nederland, zie bespreking door C. MAK, “Precontractuele aansprakelijkheid in Nederland”, J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, 99-123

¹⁶⁵⁴ E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1212; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 62 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 114.

¹⁶⁵⁵ Kh. Brussel 9 mei 1995, *TBH* 1995, 986; Luik 3 april 1962, *RCJB* 1964, 270, noot A. DE BERSAQUES; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 152. Zie ook de rechtspraak aangehaald bij E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1211-1212.

¹⁶⁵⁶ S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 152-153.

¹⁶⁵⁷ L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 45-46; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 53. Zie ook S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 161 en 164-165. Voor Frankrijk: J. SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 63-65.

¹⁶⁵⁸ L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 46.

¹⁶⁵⁹ S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 158.

¹⁶⁶⁰ Zie F. ’T KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 9 e.v.

contrahendo naar voor komen. Daarentegen vervullen de precontractuele informatieplichten wel een bijzondere rol in deze overeenkomsten, dit vaak omwille van een kennisonevenwicht tussen de professionele partij en de consument.¹⁶⁶¹ Indien het een precontractuele verhouding tussen een professioneel en een consument betreft, benadrukt de rechtspraak in het bijzonder de noodzaak van een precieze en volledige informatie.¹⁶⁶²

b. Situering in het verbintenissenrecht

540. *Afbakening van de precontractuele fase* – Wanneer twee partijen te kennen geven – uitdrukkelijk of stilzwijgend – dat ze willen contracteren, wordt een precontractueel proces in gang gezet. Deze precontractuele fase duurt tot aan de contractsluiting of tot aan de een- of meerzijdige beslissing om een voorgenomen overeenkomst niet te sluiten.¹⁶⁶³ Deze fase vormt het domein van de *culpa in contrahendo*.¹⁶⁶⁴ Van zodra de overeenkomst gesloten wordt, vangt de contractuele fase aan.

541. *Verhouding tot de leer der wilsgebreken* – Dat een wilsgebrek vaak gepaard gaat met een precontractuele fout, werd reeds benadrukt. In geval van samenloop tussen een wilsgebrek en een *culpa in contrahendo*, vervult de buitencontractuele aansprakelijkheid veelal een aanvullende rol. Deze aanvullende werking vloeit voort uit de minder strenge toepassingsvereisten van de leer inzake de *culpa in contrahendo* alsmede uit de ruime sanctioneringsmogelijkheden van deze theorie.¹⁶⁶⁵

Indien de vernietiging van de overeenkomst op basis van het wilsgebrek de schade niet volledig vergoedt, kan het slachtoffer aanvullend een schadevergoeding vorderen op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. Bij dwaling moet dan wel bijkomend het bewijs van een fout worden geleverd.¹⁶⁶⁶ Ook indien de overeenkomst niet vernietigd kan worden wegens een wilsgebrek, omdat daartoe niet alle voorwaarden vervuld zijn¹⁶⁶⁷, of indien een partij de nietigheid van de overeenkomst niet wenst in te roepen, kan de leer van de *culpa in contrahendo* een vervangende of alternatieve rol

¹⁶⁶¹ A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 1; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 38; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 81.

¹⁶⁶² W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 103; F. 'T KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 21; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 56.

¹⁶⁶³ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 137; L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 38; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 1; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 38; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 105; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 450; SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 5; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 18.

¹⁶⁶⁴ M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 18.

¹⁶⁶⁵ D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1220-1221.

¹⁶⁶⁶ C. GOUX, “L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 38-39; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 158; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 83.

¹⁶⁶⁷ Bv. bij incidenteel bedrog.

vervullen. In dat geval kan een schadevergoeding of een herstel *in natura* van de schade worden toegekend.¹⁶⁶⁸

3. Begripsomschrijving

542. *Vertrekpunt: precontractuele verhouding* – Als vertrekpunt voor de begripsomschrijving van de *culpa in contrahendo* verwijzen we naar de precontractuele verhouding, door SCHRANS op treffende wijze omschreven als “*een wederkerige verhouding met een contractuele finaliteit*”.¹⁶⁶⁹ Partijen treden binnen in elkaars rechtssfeer, teneinde na te gaan of ze samen een contract kunnen en zullen sluiten. Ook al doet deze precontractuele verhouding in beginsel geen bindende rechtsband ontstaan, toch brengt ze bepaalde rechtsplichten met zich mee voor de partijen.¹⁶⁷⁰

a. Oorspronkelijke beperkte begripsomschrijving

543. *DE PAGE en DE BERSAQUES* – In navolging van VON JHERING vond het leerstuk van de *culpa in contrahendo* ook ingang in de Belgische doctrine, zij het aanvankelijk slechts in beperkte zin. DE PAGE beperkte de leer van de *culpa in contrahendo* tot de gevallen waar de precontractuele fout gesanctioneerd wordt met de nietigheid van de overeenkomst, zoals de wilsgebreken, de verkoop van andermans zaak en de onbestaanbaarheid van het voorwerp. Diegene die de nietigheid opwerpt, kan via de leer van de *culpa in contrahendo* een bijkomende schadevergoeding bekomen. De leer beschermt ook de partij tegen wie de nietigheid gevorderd wordt, indien de nietigheid het gevolg is van een fout van de aanspraakgerechtigde.¹⁶⁷¹ DE PAGE lijkt een veralgemeende toepassing van de *culpa in contrahendo* tijdens de precontractuele fase evenwel af te wijzen, omdat de juridische gevolgen de partijen zouden afschrikken om onderhandelingen aan te knopen.¹⁶⁷²

Deze invulling van DE PAGE werd door DE BERSAQUES weliswaar uitgebreid, doch ook deze auteur gaf slechts een beperkte invulling aan deze leer. DE BERSAQUES beschouwde in het bijzonder de wilsgebreken, de theorie van de gekwalificeerde benadeling en de ontijdige intrekking van een aanbod als toepassingsgevallen van de *culpa in contrahendo*. Verder paste deze auteur de theorie ook nog toe op een restcategorie van precontractuele fouten aan de zijde van de initiatiefnemer van de onderhandelingen.¹⁶⁷³

¹⁶⁶⁸ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 39; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheussen*, 2006, (131) 153-154.

¹⁶⁶⁹ SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 5. Zie overzicht bij A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 81; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 177; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 435.

¹⁶⁷⁰ SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 5. Zie tevens A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 177; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1215; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 435.

¹⁶⁷¹ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 543-545. Zie overzicht bij DE BOECK, *Informatierechten en -plichten*, 2000, 175 en bij DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 204.

¹⁶⁷² DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 545. Voor een kritiek op deze overtuiging, zie DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 205. Zie overzicht bij DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 175.

¹⁶⁷³ A. DE BERSAQUES, “La culpa in contrahendo”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 279-280 en 284-285: “lorsque le pollicitant a, au cours des pourparlers, commis une faute qui a eu pour effet d’induire, sciemment ou par imprudence, son cocontractant en erreur soit sur la validité du contrat, soit sur son intention réelle de contracter, de proroger la convention ou de n’y mettre fin qu’après un certain délai, soit sur l’étendue des droits et des obligations, des

b. Verruimde klassieke begripsomschrijving: een uniform foutbegrip

544. *Ruime invulling* – Aan de *culpa in contrahendo* wordt op vandaag een zeer ruime invulling gegeven, wat als een voordeel van deze leer wordt beschouwd.¹⁶⁷⁴ De *culpa in contrahendo* omvat alle fouten die in de precontractuele fase werden gepleegd, ongeacht of de overeenkomst al dan niet (geldig) tot stand komt.¹⁶⁷⁵

545. *Toepassing buitencontractueel foutbegrip* – Als grondslag worden voornamelijk de buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. en het goede trouwvereiste aangereikt. De meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer beschouwt de *culpa in contrahendo* als een toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁶⁷⁶ Een precontractuele gedraging wordt dan als een fout gekwalificeerd, indien de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt miskend. Dat is het geval wanneer een partij een gedraging stelt of nalaat te stellen die een normaal zorgvuldig en redelijk persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de betrokkene, niet zou hebben gesteld of niet zou hebben nagelaten te stellen.¹⁶⁷⁷ Er wordt een abstract referentiekader gehanteerd (*normaal zorgvuldig en redelijk persoon*), waarbij toch ook rekening wordt gehouden met bepaalde persoonlijke vaardigheden en met de feitelijke externe omstandigheden (*in dezelfde concrete omstandigheden*).¹⁶⁷⁸

avantages et des charges issus de la convention". Zie overzicht bij DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 175-176 en bij DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 205-206.

¹⁶⁷⁴ D. FRERIKS, "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, (1187) 1220.

¹⁶⁷⁵ L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 40 en 42; A. DE BERSAQUES, "La lésion qualifiée et sa sanction", (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 15; A. DE BERSAQUES, "L'abus de droit en matière contractuelle", (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 515; A. DE BERSAQUES, "La 'culpa in contrahendo'", (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 287; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 18.

¹⁶⁷⁶ Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1982, 502, *Pas. I.*, 1982, 494; Luik 24 april 2001, *TBH* 2001, 559; Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296; Brussel 22 januari 1985, *JT* 1985, 718; Gent 14 mei 1982, *RW* 1984-85, 1851; Vred. Sint-Niklaas 28 maart 2001, *DCCR* 2001, 170; M. BOLLEN, "Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst", *TBBR* 2003, (136) 141; L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 42-43; R.O. DALCQ, "Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle 1980-1986", *RCJB* 1987, (601) 612; A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41; A. DE BOECK, "De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 82; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 201-203; B. DE CONINCK, "Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats", *TBBR* 1998, (195) 196; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 543-544; A. DE BERSAQUES, "La 'culpa in contrahendo'", (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 280; X. DIEUX, noot onder Luik 20 oktober 1989, *TBH* 1990, (528), 528-529; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)", *RW* 1985-1986, (1) 11; D. FRERIKS, "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, (1187) 1216; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 33-34; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 138; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982)", *RCJB* 1986, (33) 146-147; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, "La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats", *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 24. Zie ook overzicht bij R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen", *TPR* 1994, (171) 430-433. Zie ook *infra*, nr. 566.

¹⁶⁷⁷ A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 58; W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", *TPR* 1984, (95) 100; D. FRERIKS, "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, (1187) 1215.

¹⁶⁷⁸ A. DE BOECK, "Precontractuele aansprakelijkheid", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 59; A. DE BOECK, "De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 84; L. CORNELIS, "Le dol dans la formation du contrat", (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 44-45.

546. *Quid goede trouw en gewekt vertrouwen?* – Zowel het criterium van de goede trouw als het criterium van het gewekt vertrouwen – criteria die in sommige buitenlandse rechtsstelsels uitdrukkelijke toetsstenen vormen voor precontractuele gedragingen – worden ook in België in aanmerking genomen om de rechtsplichten van de partijen in de precontractuele fase te bepalen. Beide criteria kunnen als zodanig immers een onrechtmatige daad uitmaken, met name een handeling die een normaal zorgvuldig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden niet zou hebben begaan.¹⁶⁷⁹ Recentelijk wordt evenwel aan de vertrouwensleer meer en meer een zelfstandige rechtscheppende werking toegekend.¹⁶⁸⁰

547. *Pleidooi voor een uniform foutbegrip* – Sommige auteurs pleiten, als reactie op de auteurs die een dualistisch foutbegrip hanteren¹⁶⁸¹, expliciet voor het hanteren van een uniform foutbegrip in de leer van de *culpa in contrahendo*. Benadrukt wordt dat de artikelen 1382-1382 B.W. slechts één foutbegrip omvatten, dat bij concretisering ervan rekening houdt met bepaalde externe omstandigheden, bijvoorbeeld het feit dat in de precontractuele verhouding tussen partijen een vertrouwensrelatie bestond.¹⁶⁸² Er dient volgens deze auteurs voorkeur te worden gegeven aan een uniform foutbegrip binnen de leer van de *culpa in contrahendo*, zodat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen verschillende soorten precontractuele gedragingen.¹⁶⁸³

c. Minderheidsopvatting: een dualistisch foutbegrip

548. *Situering* – Twee auteurs ontwikkelden een dualistische invulling van het foutbegrip. Zo maakt DE BONDT een onderscheid tussen fouten gepleegd *in* en *ter gelegenheid van* de rechtsuitoefening. CORNELIS verfijnt dat onderscheid en differentieert tussen gedragingen waarbij de *eigen* rechtstoestand wordt geregeld en gedragingen waarmee *andermans* rechtstoestand wordt geregeld. Voor de volledigheid van ons overzicht gaan we dieper in op beide stellingen, mede ook gelet op de aandacht die deze auteurs besteden aan de plaats van de gekwalificeerde benadeling binnen hun dualistische fouttheorie.

i. Theorie DE BONDT

549. *Verschillende werkingen van de buitencontractuele aansprakelijkheid* – De contractvrijheid staat centraal in de precontractuele fase. Dit leidt er volgens DE BONDT toe dat gedragingen van de

¹⁶⁷⁹ B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 124-125; SCHRANS, *Pracontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 38-39. Zie in dezelfde zin aangaande het vereiste van de goede trouw, L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 66; F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR* 1967, (338) 376. Zie in dezelfde zin aangaande het op foutieve wijze beschamen van het gewekte vertrouwen, M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 139 en A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 49. In dezelfde zin, WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 241.

¹⁶⁸⁰ Aangezien deze grondslag uitsluitend wordt opgeworpen als grondslag voor het foutief afbreken van de onderhandelingen, wordt hierop niet verder ingegaan. Zie in dit verband wel M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 50. Zie inzake de vertrouwensleer tevens S. STIJNS en I. SAMOY, “La confiance légitimé en droit privé des contrats”, in X. (ed.), *The Belgian Reports at the Congress of Utrecht of the International Academy of Comparative Law*, 2006, 223-280.

¹⁶⁸¹ *Infra*, nrs. 548-560.

¹⁶⁸² H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 446; R. KRUTHOF, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, (940) 943.

¹⁶⁸³ H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 459-460.

partijen tijdens deze fase in beginsel rechtmatig zijn. De uitoefening van de vrijheid om wel of niet te contracteren alsook van de vrijheid tot autonome inhoudsbepaling kunnen slechts uitzonderlijk als onrechtmatig worden aangemerkt bij zwaarwichtige en overduidelijke tekortkomingen.¹⁶⁸⁴

DE BONDT bestudeert het leerstuk van de *culpa in contrahendo* vanuit de verschillende functies van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Die aansprakelijkheid kan volgens deze auteur een drievoudige rol vervullen ten aanzien van wettelijke normen aangaande rechtmatig of onrechtmatig gedrag, met name een norm-sanctionerende, een norm-bepalende en een norm-wijzigende rol.¹⁶⁸⁵ Het Burgerlijk Wetboek zelf vermeldt twee uitzonderingen op de principiële rechtmatigheid van gedragingen in de precontractuele fase, met name het bedrog en het geweld. Deze bepalingen kunnen aangevuld worden met enkele praetoriaanse stelsels die, al naargelang ze de vereiste loyauteitsgraad van partijen ten aanzien van elkaar in de precontractuele fase *aanvullen* of *wijzigen*, worden ondergebracht in – wat deze auteur omschrijft als – *de aanvullende en de wijzigende werking van de aquiliaanse aansprakelijkheid* in de precontractuele fase.¹⁶⁸⁶ Dit onderscheid tussen de aanvullende en wijzigende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt door DE BONDT gekoppeld aan het onderscheid tussen fouten begaan *ter gelegenheid van* en *in* de uitoefening van een recht.¹⁶⁸⁷

550. *Aanvullende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid* – Het bedrog en het geweld worden als precontractuele fouten aangevuld door enkele andere theorieën en rechtsfiguren.¹⁶⁸⁸ Zo vormen de leer van het incidenteel bedrog, het vereiste van de verschoonbaarheid van de dwaling en de theorie van de *culpa in contrahendo* (in enge zin) toepassingen van deze aanvullende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁶⁸⁹ Het zijn fouten begaan *ter gelegenheid van* de uitoefening van de prerogatieven verbonden aan de contractvrijheid. Deze precontractuele fouten kunnen volgens DE BONDT immers niet beschouwd worden als de uitoefening zelf van de prerogatieven verbonden aan de contractvrijheid. Het geheel van fouten gepleegd *ter gelegenheid van* de rechtsuitoefening van de contractvrijheid, beschouwt DE BONDT als de leer van de *culpa in contrahendo* (in ruime zin).¹⁶⁹⁰

Deze aanvullende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid is gegrond op de idee dat in de precontractuele fase de gedragsnorm van de artikelen 1382-1383 B.W. geldt. Het beginsel van contractvrijheid belet immers niet dat partijen zich overeenkomstig artikel 1382 B.W. zorgvuldig dienen te gedragen. Vanuit deze gedachte scheppen de drie bovenvermelde theorieën een aantal aanvullende rechtsplichten in hoofde van de partijen.¹⁶⁹¹

¹⁶⁸⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 206-207. Zie ook W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 94; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 96.

¹⁶⁸⁵ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 208.

¹⁶⁸⁶ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 208-211 en 211-214; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 96-97.

¹⁶⁸⁷ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 97.

¹⁶⁸⁸ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 97.

¹⁶⁸⁹ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 97; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 97.

¹⁶⁹⁰ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 98. DE BOECK neemt dit onderscheid over. Zie DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 178; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41-42.

¹⁶⁹¹ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 235 e.v.; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 98-99. Zie ook overzicht bij H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 445.

551. *Incidenteel bedrog* – De sanctionering van incidenteel bedrog brengt met zich mee dat partijen zich moeten onthouden van alle met opzet gepleegde kunstgrepen. Het betreft *niet enkel* die kunstgrepen zonder dewelke de medecontractant de overeenkomst niet zou hebben gesloten, *maar ook* deze die ertoe leiden dat de overeenkomst onder minder bezwarende voorwaarden gesloten zou zijn.¹⁶⁹² Ligt incidenteel bedrog voor, dan leidt dit in beginsel niet tot de nietigheid van de overeenkomst, aangezien niet alle vereisten voor het wilsgebrek bedrog vervuld zijn. Wel begaat de partij die de kunstgreep pleegt, een precontractuele fout die gesanctioneerd wordt op basis van de artikelen 1382-1383 B.W.

552. *Verschoonbaarheid van de dwaling* – Het vereiste van de verschoonbaarheid van de dwaling in hoofde van de contractpartijen brengt de verplichting met zich mee om zich voldoende te informeren alvorens te contracteren. Schendt één van de partijen deze plicht, dan begaat hij een fout en kan hij zich niet beroepen op het wilsgebrek dwaling, aangezien niet alle voorwaarden daartoe vervuld zijn.¹⁶⁹³

553. *Leer inzake de culpa in contrahendo (in enge zin)* – In tegenstelling tot de vorige toepassingen van de aanvullende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid, brengt het leerstuk inzake de *culpa in contrahendo* niet één specifieke verplichting met zich mee voor de onderhandelaars, maar wel een hele reeks van positieve en negatieve plichten. De partijen dienen immers alle gedragingen te stellen of na te laten die een normaal zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde situatie als de onderhandelaars zou gesteld of nagelaten hebben.¹⁶⁹⁴ Het komt toe aan de rechter om *in concreto* te beoordelen welke plichten de partijen in het licht van de theorie van de *culpa in contrahendo* dienen te respecteren (bv. geen onderhandelingen aanknopen teneinde vertrouwelijke informatie te bekomen van de tegenpartij, de geheimhouding respecteren aangaande de in de onderhandelingen verkregen know-how, de plicht om juiste en volledige informatie mee te delen).¹⁶⁹⁵ DE BONDT benadrukt dat de afsplitsing van het incidenteel bedrog en het vereiste van verschoonbaarheid van de dwaling van het leerstuk van de *culpa in contrahendo* (in enge zin) historisch gegroeid is. Zowel het incidenteel bedrog als de verschoonbaarheid bij dwaling kunnen ook worden ondergebracht in het ruimere leerstuk van de *culpa in contrahendo*, dat aan de partijen immers oplegt om alle gedragingen te stellen of na te laten die een normaal zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde situatie gesteld of nagelaten zou hebben.¹⁶⁹⁶

554. *Wijzigende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid* – De vaststelling dat de burger vrij is om al dan niet te contracteren alsmede om te beslissen tegen welke voorwaarden gecontracteerd zal worden, neemt volgens DE BONDT niet weg dat de rechter zich een controlerecht heeft toegeëigend op de wijze waarop de contractvrijheid wordt uitgeoefend. De loutere uitoefening van de contractvrijheid is in beginsel rechtmatig, doch zou onder omstandigheden toch als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt.¹⁶⁹⁷ In dat geval ligt een fout *in* de rechtsuitoefening voor, te beoordelen aan de hand van de theorie van het rechtsmisbruik.¹⁶⁹⁸ Van een fout *in* de rechtsuitoefening

¹⁶⁹² W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 99-100.

¹⁶⁹³ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 100. Voor een toepassing, zie Rb. Hasselt 6 januari 2000, *R.W.* 2001-2002, 351, noot A. DE BOECK, *TBBR* 2002, 351, noot C. COUDRON.

¹⁶⁹⁴ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 100.

¹⁶⁹⁵ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 101-102. Het is niet geheel duidelijk of DE BONDT het afbreken van onderhandelingen beschouwt als een toepassing van de aanvullende of wijzigende werking van de aquiliaanse aansprakelijkheid. Zie H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 446.

¹⁶⁹⁶ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 104.

¹⁶⁹⁷ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 104-105.

¹⁶⁹⁸ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 96.

zou er sprake zijn bij de leer der gekwalificeerde benadeling, de onrechtmatige contractweigering en het misbruik van de bevoegdheid wel te contracteren.¹⁶⁹⁹

De theorie van het rechtsmisbruik werd door DE BONDT (in 1985) wel beschouwd als een toepassingsgeval van de buitencontractuele aansprakelijkheid, gegrond op de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁷⁰⁰ Aangezien bij deze drie theoriën de loutere uitoefening van de contractvrijheid – wat in beginsel rechtmatig is – als onrechtmatig wordt bestempeld op basis van de artikelen 1382-1383 B.W., betreft het een *wijzigende* werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁷⁰¹

555. *Gekwalificeerde benadeling* – Bij toepassing van gekwalificeerde benadeling maakt een contractpartij misbruik van de bevoegdheid om zelf de inhoud van het contract te bepalen. DE BONDT verduidelijkt zijn stelling aan de hand van één oud vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel.¹⁷⁰² Een werkloze vreemdeling komt met zijn gezin aan in de haven van Antwerpen. De man, die onmiddellijk op zoek ging naar werk, wordt na enige tijd aangenomen door een Belgisch bedrijf dat de man in zijn Congolees filiaal wil te werk stellen. De partijen komen overeen dat de man twee dagen later zal vertrekken. Zijn persoonlijke reiskosten worden door de werkgever betaald, terwijl de man zelf zal instaan voor de reiskosten van zijn gezin. De man stelt naderhand vast dat hij de reiskosten van zijn gezin niet kan betalen. Hij vraagt zijn nieuwe werkgever, de enige persoon die hij in België kent, om hem hiertoe een lening toe te staan. De werkgever is daartoe bereid, doch op voorwaarde dat hij een interest krijgt van 100% en dat een bijkomende interest van 100% verschuldigd is bij de minste wanbetaling. De man stemt uiteindelijk in met deze woekervoorwaarden.

DE BONDT overweegt dat de handelswijze van de werkgever niet kan worden gesanctioneerd via de wilsgebreken bedrog of geweld noch via de aanvullende werking van de buitencontractuele aansprakelijkheid, aangezien de werkgever zich niet schuldig maakte aan incidenteel bedrog of aan een *culpa in contrahendo* (in enge zin). Wat de werkgever wel te verwijten valt, is dat hij een voor zichzelf bijzondere voordelig en voor zijn medecontractant grof benadelend contract heeft bedongen, en derhalve zijn bevoegdheid tot autonome inhoudsbepaling op zeer eenzijdige wijze heeft uitgeoefend.¹⁷⁰³ De rechter maakt *in casu* toepassing van de gekwalificeerde benadeling en oordeelt dat dergelijke wijze van rechtsuitoefening onrechtmatig is, gelet op de dringende geldnood en de geïsoleerde, inferieure positie van de vreemdeling. De werkgever beseftte maar al te goed dat hij de enige potentiële geldschietster was en van die omstandigheden zou hij misbruik hebben gemaakt om woekervoorwaarden te bedingen.

556. *Misbruik van de bevoegdheid wel te contracteren* – Ook de uitoefening van de bevoegdheid om wel te contracteren is vatbaar voor misbruik. Dat leidt DE BONDT af uit een arrest van het Hof van Cassatie van 1958.¹⁷⁰⁴ De beslissing om te contracteren zou in deze zaak als rechtsmisbruik bestempeld zijn, omdat de titularis ervan louter contracteerde met het inzicht een derde te benadelen. Ook bepaalde

¹⁶⁹⁹ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 105.

¹⁷⁰⁰ In dezelfde zin B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 124-125.

¹⁷⁰¹ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 105-106. Zie tevens weergave bij H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 445.

¹⁷⁰² Kh. Brussel 12 maart 1930, *PP* 1931, 33, aangehaald door W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 106.

¹⁷⁰³ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 106-107.

¹⁷⁰⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 216 e.v.; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 108 en W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 96, telkens met verwijzing naar Cass. 11 april 1958, *RCJB* 1958, 143, noot R. DEKKERS. In dezelfde zin B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 124-125.

gevallengroepen van de leer van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk zouden als toepassingsgeval van de leer van het rechtsmisbruik kunnen worden beschouwd.¹⁷⁰⁵

557. *Theorie van de onrechtmatige contractweigering* – Tot slot zou ook de theorie van de onrechtmatige contractweigering als misbruik van de bevoegdheid om niet te contracteren moeten worden beschouwd. Ook hier beklemtoont DE BONDT dat de rechter omzichtig dient te werk te gaan bij de beoordeling van de weigering te contracteren.¹⁷⁰⁶ Hij verwijst hiertoe naar een arrest van het Hof van Cassatie waar de weigering te contracteren, zelfs indien gekaderd in een georganiseerde economische boycot, niet *per se* een fout in de zin van artikel 1382 B.W. uitmaakt. Dergelijke weigering is rechtmatig, indien een wettig belang voor ogen wordt gehouden. Is de boycot echter ingegeven door een oogmerk om te schaden, dan dient de contractweigering als onrechtmatig te worden beoordeeld.¹⁷⁰⁷

ii. Theorie CORNELIS

558. *Dubbele grondslag voor sanctionering precontractuele gedragingen* – De idee dat het gedrag van partijen in de precontractuele fase die niet beheerst wordt door de contractuele aansprakelijkheidsregels, dan maar beoordeeld moet worden op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels neergelegd in de artikelen 1382-1383 B.W., is volgens CORNELIS ongenueanceerd.¹⁷⁰⁸ Een *culpa in contrahendo* kan volgens CORNELIS beoordeeld worden *hetzij* via het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt *hetzij* via de artikelen 1382-1383 B.W. In tegenstelling tot DE BONDT beschouwt deze auteur de theorie van het verbod op rechtsmisbruik dan ook niet als een toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W., maar wel als een algemeen rechtsbeginsel met een autonome grondslag.¹⁷⁰⁹

559. *Regeling eigen rechtstoestand v. regeling andermans rechtstoestand* – Een partij kan tijdens de precontractuele fase beslissen om een overeenkomst te sluiten en daartoe de nodige onderhandelingen voeren. In dat geval zou deze partij een subjectief recht uitoefenen, gestoeld op de wilsautonomie, dat hem toelaat om naar eigen goedvinden zijn rechtstoestand te regelen, mits respect voor de openbare orde, de goede zeden en de dwingende wetsbepalingen.¹⁷¹⁰ Aangezien hier een uitoefening van een subjectief recht gebaseerd op de contractvrijheid voorligt, dient deze rechtsuitoefening volgens CORNELIS getoetst te worden aan het algemeen rechtsbeginsel van rechtsmisbruik, en niet aan de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels.¹⁷¹¹

¹⁷⁰⁵ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 108. Zie ook *infra*, nrs. 638-639.

¹⁷⁰⁶ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 227 e.v.; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 109-110. In dezelfde zin X. DIEUX, noot onder Luik 20 oktober 1989, (528) 532; B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 124-125.

¹⁷⁰⁷ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 109-110, met verwijzing naar Cass. 2 juni 1960, *Arr. Cass.* 1960, 881, *Pas.* 1960, I, 1113, *RCJB* 1961, 206, noot J. DASSESSE. Zie ook *infra*, nrs. 640-642.

¹⁷⁰⁸ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112.

¹⁷⁰⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 302 e.v.; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112. Zie ook H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 446.

¹⁷¹⁰ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112. Zie tevens L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 61.

¹⁷¹¹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112. Zie tevens L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 61 e.v. Over de theorie inzake rechtsmisbruik als algemeen rechtsbeginsel, zie tevens P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 191.

Wanneer een partij in de precontractuele fase evenwel niet enkel beoogt zijn eigen rechtstoestand naar goeddunken te regelen, maar ook tracht de rechtstoestand van een andere partij te beïnvloeden,¹⁷¹² dan wordt volgens CORNELIS het toepassingsgebied van het subjectieve recht verlaten. De gestelde rechtshandelingen zijn in dat geval immers vreemd aan de uitoefening van een recht, aangezien het rechtssubject enkel wenst tussen te komen in de uitoefening van andermans contractvrijheid teneinde er zelf voordeel uit te halen.¹⁷¹³ Een toetsing van dergelijke gedraging gebeurt derhalve niet aan het beginsel van het verbod op rechtsmisbruik, maar wel aan de algemene zorgvuldigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁷¹⁴

560. *Toepassingen* – CORNELIS overloopt een aantal precontractuele situaties en deelt deze op basis van zijn – o.i. eerder onduidelijk – onderscheidingscriterium in bij de toepassingen van het buitencontractueel foutcriterium of bij de toepassingen van het verbod op rechtsmisbruik.

Vermits de wilsgebreken *bedrog en geweld* gepaard gaan met de beïnvloeding van andermans rechtstoestand, via bedrieglijke kunstgrepen en de uitoefening van dwang, wordt het toepassingsgebied van het subjectief recht gebaseerd op de contractvrijheid verlaten en dienen deze gedragingen in CORNELIS' visie getoetst te worden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 B.W.¹⁷¹⁵ Hetzelfde besluit wordt genomen aangaande de *gekwalificeerde benadeling*, waar o.i. terecht benadrukt wordt dat niet zozeer de wanverhouding, maar wel het misbruik maken van de inferieure positie tot sanctionering aanleiding geeft.¹⁷¹⁶

In geval van een *onverschoonbare dwaling* wordt geoordeeld dat geen beïnvloeding van andermans rechtstoestand voorligt. Bij de beoordeling van het (on)verschoonbaar karakter wordt immers rekening gehouden met de concrete omstandigheden waarin de dwalende partij zich bevond, hetgeen volgens CORNELIS onverenigbaar is met het buitencontractuele foutbegrip. Het rechtssubject dat een onverschoonbare dwaling begaat, zou wel kennelijk de grenzen te buiten gaan van de normale rechtsuitoefening door een voorzichtig persoon. Wel betreft dit de regeling van de eigen rechtstoestand en derhalve een toepassing van het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt.¹⁷¹⁷

Het plots *afbreken van de onderhandelingen* in de precontractuele fase behoort tot de uitoefening van een subjectief recht, dat zijn oorsprong vindt in het beginsel van de wilsautonomie. Elk rechtssubject bepaalt dan ook naar eigen goeddunken of hij een overeenkomst sluit en welke draagwijdte aan die overeenkomst moet toekomen. Derhalve wordt geoordeeld dat de criteria van rechtsmisbruik moeten worden toegepast om het plots afbreken van de onderhandelingen te beoordelen.¹⁷¹⁸

Tot slot tracht CORNELIS ook de *tekortkoming aan de precontractuele informatieplichten* een plaats te geven in zijn theorie. Door de verstrekte (onjuiste) inlichtingen of het gebrek eraan wordt in de

¹⁷¹² CORNELIS benadrukt dat de eigen rechtstoestand, bij weerkaatsing, door de beïnvloeding van andermans rechtstoestand wordt bepaald. Evenwel is dit volgens deze auteur vreemd aan het gebruik van het subjectieve recht dat elkeen zijn rechtstoestand naar goetdunken mag regelen. Dit subjectief recht zou niet zover reiken dat het zou toelaten ook andermans rechtstoestand te regelen. Zie L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 113, voetnoot 188.

¹⁷¹³ L. CORNELIS, "Precontractual liability. Report for Belgium", in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 61.

¹⁷¹⁴ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 113.

¹⁷¹⁵ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 114.

¹⁷¹⁶ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 115-116.

¹⁷¹⁷ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 115.

¹⁷¹⁸ L. CORNELIS, "Precontractual liability. Report for Belgium", in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 72-75; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 116-117. Men kan zich de vraag stellen of men door te onderhandelen ook niet ingrijpt in andermans rechtstoestand. Door de onderhandelingen wordt immers ook de vrijheid van de medeonderhandelaar deels beperkt.

eerste plaats de rechtstoestand van de medecontractant beïnvloed. Door de schending van de informatieplicht begeeft het rechtssubject zich buiten het toepassingsgebied van het subjectieve recht gebaseerd op de contractvrijheid. De tekortkoming aan die informatieplicht moet dan ook beoordeeld worden aan de hand van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, en niet aan de hand van de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik.¹⁷¹⁹

4. Aangereikte grondslagen van de *culpa in contrahendo*

a. De leer van het (stilzwijgend) voorcontract

561. *Grondslag VON JHERING* – Het stilzwijgend voorcontract werd door VON JHERING aangereikt als grondslag van de theorie van de *culpa in contrahendo*. Deze auteur nam aan dat elk aanbod gepaard gaat met een stilzwijgend voorcontract, op basis waarvan de aanbieder zich verbindt tot het aangaan van een geldig contract.¹⁷²⁰ Uit het voorcontract vloeit voor partijen de plicht voort om tijdens de *precontractuele* fase de nodige zorgvuldigheid (*diligentia in contrahendo*) aan de dag te leggen. Miskenning van deze zorgvuldigheid maakte dan ook een contractuele fout uit.¹⁷²¹ Inmiddels werd deze contractuele grondslag van de *culpa in contrahendo* geheel verlaten. Het fictieve karakter van de constructie van het voorcontract alsmede haar overbodige karakter in ons rechtssysteem leidde tot kritiek.¹⁷²²

b. Contract

562. *Beperkte overeenkomsten* – In geval van langdurige en zwaarwichtige onderhandelingen gaan partijen tijdens de onderhandelingsfase soms over tot het afsluiten van een beperkte overeenkomst. Vaak worden in deze overeenkomst de spelregels vastgelegd die tijdens (en vaak ook na) de

¹⁷¹⁹ L. CORNELIS, *Beginnelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 117. Zie in dezelfde zin, DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 195.

¹⁷²⁰ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140-141; A. DE BERSAQUES, “La ‘culpa in contrahendo’”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 278; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 183; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 42; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 438; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 34; W. WILMS, “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-1981, (489) 498.

¹⁷²¹ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140-141; L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 40; A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 15; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 201; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1215-1216; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 439; J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (31) 43; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 35; W. WILMS, “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-1981, (489) 498. Voor Frankrijk: J. SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 51.

¹⁷²² L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 40; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 185; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 202; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1216; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 440; J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (31) 44; F. ’T KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 23; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 35; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 24. Voor Frankrijk: J. SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 51.

onderhandelingen in acht moeten worden genomen. Hierin kunnen o.m. exclusiviteits-, informatie-, of geheimhoudingsverplichtingen worden opgenomen.¹⁷²³ Schendt één van de onderhandelingspartners deze plichten, dan leidt dit in beginsel tot een contractuele aansprakelijkheid.¹⁷²⁴ Vanzelfsprekend dient in dat geval wel een overeenkomst voor te liggen, en niet louter een morele afspraak of een *gentlemen's agreement*. Uit de vele rechtsleer daaromtrent blijkt duidelijk dat in de onderhandelingsfase tal van *afspraken* worden gemaakt en dat niet altijd evenvoudig kan worden vastgesteld wanneer er sprake is van een overeenkomst.¹⁷²⁵

563. *Verschilpunten met de buitencontractuele aansprakelijkheid* – De belangrijkste verschilpunten tussen een contractuele en een buitencontractuele vordering situeren zich op het niveau van het bewijs, de fout, de vergoeding en de verjaring.¹⁷²⁶ Daar waar het slachtoffer van een buitencontractuele fout steeds het bewijs van de fout dient te leveren, hangt de bewijslast van de schuldeiser van een contractuele verbintenis daarentegen af van de aard van de geschonden verbintenis. Een inspanningsverbintenis vereist – net zoals bij de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering – een foutbewijs, terwijl bij een resultaatsverbintenis slechts moet worden aangetoond dat het vooropgestelde resultaat niet werd bereikt.¹⁷²⁷ De buitencontractuele aansprakelijkheid sanctioneert daarenboven elke fout, ook de lichtste. Voor de vaststelling van een contractuele tekortkoming wordt op vandaag ook de lichtste fout in aanmerking genomen.¹⁷²⁸ Evenwel moet in dit verband rekening worden gehouden met de aard van het contract en met eventuele verruimende of beperkende aansprakelijkheidsclausules.¹⁷²⁹ Ook de schadevergoeding die aan het slachtoffer wordt toegekend, is verschillend. Zo verplicht de buitencontractuele aansprakelijkheid tot vergoeding van alle schade, terwijl de contractuele aansprakelijkheid slechts vergoeding biedt voor de ten tijde van de contractsluiting voorzienbare schade

¹⁷²³ Zie o.m. L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 56-57; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 186; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1217; F. 'T KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 28-30.

¹⁷²⁴ L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 392; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 46; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 187; W. DE BOND, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 99; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1217.

¹⁷²⁵ Voor een overzicht van de mogelijke precontractuele afspraken, zie M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspingen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 142-146; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 43 e.v.; J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (31) 77 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 116-117; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 34-39.

¹⁷²⁶ A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 5; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 442.

¹⁷²⁷ A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 5; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 46; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 442-443; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 8; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 88-89.

¹⁷²⁸ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 143. Zie ook T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 88.

¹⁷²⁹ A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 5; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 46; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 443.

die een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van de niet-uitvoering van het contract.¹⁷³⁰ Tot slot verschillen ook nog de verjaringsregels. Een contractuele vordering verjaart in principe na tien jaar, terwijl een buitencontractuele vordering onderworpen is aan een dubbele termijn: vijf jaar vanaf de kennisname door de benadeelde van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de aansprakelijke en twintig jaar vanaf het schadeveroorzakend feit.¹⁷³¹ Benadrukt moet worden dat de verschillen tussen beide aansprakelijkheidsregimes de laatste decennia aanzienlijk kleiner zijn geworden.¹⁷³²

c. Wet

564. *Wettelijke precontractuele verplichtingen met sanctionering* – Vele recente wetgevingen besteden aandacht aan de precontractuele fase, in het bijzonder in geval van wettelijke bepalingen ter bescherming van de consument.¹⁷³³ In dat geval ligt de grondslag van de sanctionering van de *culpa in contrahendo* uiteraard in de wettelijke bepaling. In dit verband kan o.m. gewezen worden op de wet van 12 juni 1992 inzake het consumentenkrediet en op de wet van 16 februari 1994 inzake het reiscontract.¹⁷³⁴ Ook de wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten voorziet in een sanctionering ingeval de precontractuele informatieplichten zoals opgelegd door deze wet, niet gerespecteerd worden.¹⁷³⁵

d. Bindende kracht van een aanbod

565. *Verbintenis uit eenzijdige rechtshandeling* – Vaak wordt ook de voortijdige intrekking van het aanbod aangehaald als voorbeeld van een precontractuele fout. De aansprakelijkheid van de aanbieder vindt in dat geval haar grondslag in de bindende kracht van het aanbod.¹⁷³⁶ Het Hof van Cassatie heeft

¹⁷³⁰ A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 5; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 46; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 443; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 179; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 89. Zie evenwel de bedenkingen van DUBUISSON terzake: B. DUBUISSON, “Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n’est pas raison”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2010, (1) 15 e.v.

¹⁷³¹ Art. 2262bis B.W. Zie A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 5; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 47; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 443; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 91-92.

¹⁷³² Zie L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 57; L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 393; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 143; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 87.

¹⁷³³ B. DE CONINCK, “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, (195) 203. Zie tevens W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 99.

¹⁷³⁴ Zie verdere uitwerking bij B. DE CONINCK, “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, (195) 203 e.v.

¹⁷³⁵ Wet 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten, *BS* 18 januari 2006. Zie in dit verband S. CLAEYS, *Franchising*, 2009, 311 e.v.; S. CLAEYS, “Precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten. Wet van 19 december 2005”, *NjW* 2006, 290-306.

¹⁷³⁶ L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 57 en 67; L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 393; M. VANWIJCK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 39-40. Zie ook C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 2005, 247 e.v.

immers in verscheidene arresten aanvaard dat het aanbod een bindend karakter vertoont op grond van een door een eenzijdige wilsuiting aangegane verbintenis.¹⁷³⁷

e. De buitencontractuele aansprakelijkheid (artikel 1382-1383 B.W.)

566. *Meerderheidsopvatting* – Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer wordt vooral de buitencontractuele aansprakelijkheid, gegrond op de artikelen 1382-1383 B.W., als grondslag voor de *culpa in contrahendo* naar voor geschoven.¹⁷³⁸ Een belangrijke aanzet hiertoe werd gegeven door de Franse auteur SALEILLES.¹⁷³⁹ Ook het Hof van Cassatie lijkt zich in deze zin te hebben uitgesproken in een arrest van 10 december 1981, waar geoordeeld werd dat de rechtsvordering tot schadeherstel ten gevolge van een foutief optreden bij de contractsluiting – d.i. een *culpa in contrahendo* – niet een contractuele, maar een quasi-delictuele grondslag heeft.¹⁷⁴⁰ We brengen evenwel in herinnering dat niet alle auteurs die de buitencontractuele aansprakelijkheid aanwijzen als grondslag voor de *culpa in contrahendo*, een uniform foutbegrip hanteren.¹⁷⁴¹

567. *Ruime grondslag* – Het aanwijzen van de buitencontractuele aansprakelijkheid als grondslag voor de *culpa in contrahendo* houdt in dat aan de hand van het algemeen foutcriterium wordt bepaald welke precontractuele gedraging als onrechtmatig wordt bestempeld. Elke gedraging die een normaal

¹⁷³⁷ Cass. 27 mei 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1355, *Pas.* 2002, 1216, *T. Aann.* 2007, 67, noot A. DELVAUX; Cass. 16 maart 1989, *Arr. Cass.* 1988-1989, *Pas.* 1989, 737; Cass. 3 september 1981, *T. Aann.* 1982, 131, noot L. CORNELIS; Cass. 9 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-1980, 1132 en 1139, *Pas.* 1980, 1120 en 1127, *T. Aann.* 1981, 146, noot M. SENELLE. Zie in het bijzonder C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 2005, 103 e.v.

¹⁷³⁸ Luik 24 april 2001, *TBH* 2001, 559; Antwerpen 22 maart 1994, *RW* 1994-95, 296; Brussel 22 januari 1985, *JT* 1985, 718; Gent 14 mei 1982, *RW* 1984-85, 1851; Vred. Sint-Niklaas 28 maart 2001, *DCCR* 2001, 170; M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 141; L. CORNELIS, “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, (37) 42-43; R.O. DALCQ, “Examen de jurisprudence. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle 1980-1986”, *RCJB* 1987, (601) 612; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 2 en 18; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (79) 82; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 201-203; B. DE CONINCK, “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, (195) 196; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 543-544; A. DE BERSAQUES, “La ‘culpa in contrahendo’”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 280; X. DIEUX, noot onder Luik 20 oktober 1989, *TBH* 1990, (528), 528-529; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)”, *RW* 1985-1986, (1) 11; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 40-41; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1216; SCHRANS, *Praecontractuele verhoudingen*, 1967, (3) 33-34; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 138; P. VAN OMMESLAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982)”, *RCJB* 1986, (33) 146-147; M. VANWICK-ALEXANDRE, “La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats”, *Ann. Fac. Dr. Liège* 1980, (17) 24. Zie ook overzicht bij R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 430-433.

¹⁷³⁹ R. SALEILLES, “De la responsabilité précontractuelle à propos d’une étude nouvelle sur la matière”, *RTDC* 1907, 697-751, aangehaald door DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 187.

¹⁷⁴⁰ Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1982, 502, *Pas.* I, 1982, 494. Zie tevens L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 55-56; A. DE BOECK, “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (1) 2; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 99; B. DE CONINCK, “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, (195) 196; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 441; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 138. Voor Frankrijk, zie in dezelfde zin Cass. fr. comm. 20 maart 1972, *Bull.* 1972, IV, 90, aangehaald door J. SCHMIDT, “La sanction de la faute précontractuelle”, *RTDC* 1974, (46) 51.

¹⁷⁴¹ *Supra*, nrs. 548-560.

redelijk en zorgvuldig persoon in dezelfde concrete omstandigheden niet zou hebben gesteld, dient als een fout te worden aangemerkt.¹⁷⁴² De *culpa in contrahendo* kent met deze grondslag dan ook een bijzonder ruim toepassingsgebied. In beginsel is immers iedere precontractuele handeling of nalatigheid vatbaar voor toetsing aan de algemene referentienorm van artikel 1382 B.W.¹⁷⁴³ Ook wordt geoordeeld dat de afweging tussen de concreet aangevochten precontractuele gedraging, enerzijds, en het gedrag van een redelijk vooruitziend en zorgvuldig persoon in dezelfde concrete omstandigheden, anderzijds, voldoende soepel is om ook de vereisten van de goede trouw en het respect voor het gewekte vertrouwen te omvatten.¹⁷⁴⁴

568. *Toepassing in geval van wettelijke precontractuele verplichtingen zonder sanctie* – Bepaalde wetten voorzien specifiek in een bepaalde precontractuele verplichting, zonder evenwel een passende sanctie op te leggen ingeval van schending van die verplichting. DE CONINCK wijst o.m. op artikel 4 WMC (oud art. 30 WHPC) dat een informatieplicht oplegt aan de verkoper ten aanzien van de consument, alsmede op artikel 47 van de wet op het hypotheckair krediet. Het betreft veelal dwingende regelgeving. De schending van een dwingende wetsbepaling die een verplichting oplegt om iets te doen dan wel na te laten, houdt een fout in. De buitencontractuele aansprakelijkheid vindt toepassing als gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsregime, indien ook het bewijs van schade en oorzakelijk verband tussen fout en schade wordt geleverd.¹⁷⁴⁵

f. Rechtsmisbruik als algemeen rechtsbeginsel

569. *Grondslag van bepaalde precontractuele fouten* – CORNELIS maakt in de precontractuele fase een onderscheid tussen gedragingen waarmee een rechtssubject zijn *eigen* rechtstoestand regelt en gedragingen waarmee *andermans* rechtstoestand worden geregeld.¹⁷⁴⁶ Het rechtssubject dat beslist een overeenkomst te sluiten en daartoe onderhandelt, oefent een subjectief recht uit, dat gebaseerd is op het beginsel van de wilsautonomie. De uitoefening daarvan is niet aan het buitencontractuele foutcriterium, maar wel aan het algemeen rechtsbeginsel van het verbod op rechtsmisbruik te toetsen.¹⁷⁴⁷ In geval van precontractuele fouten waarbij men niet zozeer de eigen rechtstoestand beoogt te regelen, maar wel die van de wederpartij, wordt het toepassingsgebied van het subjectief recht verlaten en moet het gedrag beoordeeld worden aan de hand van de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁷⁴⁸ Ook DE BONDT lijkt dergelijk onderscheid in precontractuele gedragingen te hanteren (fouten gesteld *in* en *ter gelegenheid van* de rechtsuitoefening)¹⁷⁴⁹, doch enkel CORNELIS grondvest de *culpa in contrahendo* op basis van dit onderscheid op twee verschillende grondslagen, met name de artikelen 1382-1383 B.W. en het

¹⁷⁴² H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 443. Zie ook F. ’T KINT, “Négociation et conclusion du contrat”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 1984, (7) 23-24.

¹⁷⁴³ H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 443; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 139.

¹⁷⁴⁴ Zie tevens *supra*, nr. 546.

¹⁷⁴⁵ B. DE CONINCK, “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, (195) 197-198.

¹⁷⁴⁶ *Supra*, nrs. 558-560.

¹⁷⁴⁷ Ook andere auteurs beschouwen het verbod op rechtsmisbruik als een algemeen rechtsbeginsel. Zie o.m. W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, (244) 248.

¹⁷⁴⁸ L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 396-397; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 112-113. Zie overzicht bij DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 188.

¹⁷⁴⁹ *Supra*, nrs. 549-557.

algemeen beginsel van rechtsmisbruik.¹⁷⁵⁰ DE BONDТ beschouwt de theorie van het rechtsmisbruik in de precontractuele fase immers als een toepassing van de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁷⁵¹

g. *Goede trouw-vereiste*

i. Inleidend

570. *Algemeen* – Vele auteurs verwijzen ook naar de goede trouw-verplichting van artikel 1134, lid 3 B.W. als grondslag voor de *culpa in contrahendo*.¹⁷⁵² De goede trouw-plicht die in artikel 1134, lid 3 B.W. uitdrukkelijk voorgeschreven wordt voor de uitvoering van overeenkomsten, zou een algemeen rechtsbeginsel uitmaken dat ook de totstandkoming van overeenkomsten beheerst.¹⁷⁵³ Eén van de eerste auteurs die de goede trouw als grondslag voor de *culpa in contrahendo* naar voor schoof, was WILMS.¹⁷⁵⁴ Ook de rechtspraak verwijst steeds vaker naar het goede trouw-beginsel bij precontractuele verhoudingen.¹⁷⁵⁵ Deze evolutie past ongetwijfeld in de algemene tendens waarbij de goede trouw-norm steeds meer greep krijgt op verschillende leerstukken uit ons recht en is o.m. ook geïnspireerd door de plaats van de goede trouw in het Nederlandse recht (*de redelijkheid en billijkheid*) en het Duitse recht (*Treu und Glauben*).¹⁷⁵⁶

571. *Terminologische opmerking* – Wanneer de goede trouw wordt aangewezen als grondslag voor de *culpa in contrahendo* wordt niet verwezen naar de subjectieve goede trouw, maar wel naar de objectieve notie van de goede trouw. Met de *subjectieve* goede trouw wordt bedoeld op de psychologische toestand van een partij, met name het niet weten en behoren te weten. In dit verband is echter de *objectieve* goede trouw van belang, met name de objectieve eisen van redelijkheid en billijkheid die het gedrag moeten beheersen en derhalve een gedragsregel inhouden.¹⁷⁵⁷

¹⁷⁵⁰ L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 397; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 459.

¹⁷⁵¹ Zie in dezelfde zin W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, (244) 248-249. Vergelijk F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR* 1967, (339) 376.

¹⁷⁵² Zie overzicht bij L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 398-399; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40.

¹⁷⁵³ H. COUSY, “De goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 15, in het bijzonder voetnoot 25; F. DOMONT-NAERT, “Obligation de renseignement et confiance légitime”, *TBH* 1986, (109) 112-113; D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi Journées Louisianaises*, 1992, (61) 71-74; G. ROMMEL, “De informatieplicht in het consumentenrecht”, *RW* 1983-84, (2273) 2290; P. VAN OMMESLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 56; W. WILMS, “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-81, (489) 499-501. Zie overzicht bij L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 63; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 40; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1218.

¹⁷⁵⁴ W. WILMS, “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-1981, (489) 499-501. WILMS beschouwt de objectieve goede trouw wel als een zuivere toepassing van het beginsel dat is neergelegd in art. 1382 B.W. Bij de beoordeling hanteert hij dan ook het criterium van de *bonus pater familias*. Zie H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 453.

¹⁷⁵⁵ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 190, en de verwijzingen aldaar aangehaald in voetnoot 413. Zie ook D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1218, en de verwijzingen aldaar opgenomen in voetnoot 88, alsmede L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 63, en verwijzingen in voetnoot 44.

¹⁷⁵⁶ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 190. Zie tevens P. VAN OMMESLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 26.

¹⁷⁵⁷ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956, (489), 491; M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR*

ii. Invulling van de goede trouw-norm

572. *Goede trouw als gedragsnorm* – Uiteenlopende pogingen tot definiëring van het vereiste van de goede trouw werden in de rechtsleer ondernomen. Hiertoe wordt o.m. verwezen naar adjectieven zoals *eerlijk, trouw, loyaal, redelijk, ...*, naar gedragsregels die voortvloeien uit de sociale verhoudingen, naar de eisen van *de redelijkheid en de billijkheid*.¹⁷⁵⁸ In elk geval introduceert de notie *goede trouw* nieuwe gedragsnormen in de bestaande juridische verhoudingen, die moeten leiden tot meer billijke en redelijke, meer loyale oplossingen.¹⁷⁵⁹ De hedendaagse doctrine beschouwt het goede trouw-vereiste dan ook niet langer als een loutere interpretatieregel, maar als een echte *gedragsnorm* die opgelegd wordt aan de partijen.¹⁷⁶⁰

573. *Drie functies van de goede trouw* – Op vandaag worden aan de goede trouw drie functies toegekend: een interpretatieve, aanvullende en beperkende functie.¹⁷⁶¹ Aanvankelijk werd aan het goede trouw-vereiste slechts een *interpretatieve functie* toegekend, op basis waarvan de rechter zich bij een interpretatieprobleem veeleer moest laten leiden door de geest dan door de letter van een overeenkomst.¹⁷⁶² Gaandeweg werd hier een *aanvullende functie* aan toegevoegd. De aanvullende werking van de goede trouw brengt een verrijking van de contractinhoud met zich mee, in die zin dat

2003, (136) 139; L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 40-41; H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 5; A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 454; J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (31) 37-38; P. MARCHANDISE, “La libre négociation: droits et obligations des négociateurs”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (3) 13; J-F. ROMAIN, “Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (43) 91-92; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (103) 103-104; P. VAN OMMEFLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 26.

¹⁷⁵⁸ Voor een overzicht van deze verscheidene pogingen tot omschrijving van de objectieve goede trouw, zie L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 34-40; L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 64. Voor een invulling van de goede trouw aan de hand van de verscheidene verplichtingen die hieruit voortvloeien voor de partijen, zie in het bijzonder B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 123; P. MARCHANDISE, “La libre négociation: droits et obligations des négociateurs”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (3) 14 e.v.; J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, 2004, losbl., nr. 1392 e.v.; P. VAN OMMEFLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *TBBR* 1987, (101) 103-104.

¹⁷⁵⁹ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 41.

¹⁷⁶⁰ S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 80; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 34; A. VAN OEVELEN, “De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184 B.W.)”, (noot onder Cass. 16 januari 1986), *RW* 1987-1988, (1471) 1472; P. VAN OMMEFLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *TBBR* 1987, (101) 103. Zie hieromtrent tevens H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 14.

¹⁷⁶¹ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 47; H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 15; J-F. ROMAIN, “Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (43) 93 e.v.; STIJNS, *Verbindenissenrecht*, 2005, 51 e.v.; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 34; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (103) 104; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 122; P. VAN OMMEFLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 28-29.

¹⁷⁶² L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 48-51; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 34.

de billijkheid aan de contractpartijen bijkomende verbintenissen kan opleggen afgeleid uit o.m. de aard van het contract.¹⁷⁶³ Tot slot onderscheidt men in het goede trouw-vereiste ook een *beperkende* of *matigende functie*.¹⁷⁶⁴ Krachtens deze functie van de goede trouw is het de rechter toegestaan om in bepaalde omstandigheden de rechtsuitoefening door de schuldeiser te beperken, aangezien zijn gedraging als strijdig met de goede trouw wordt beschouwd, d.i. niet in overeenstemming is met een redelijke en billijke uitoefening van zijn recht in dergelijke omstandigheden.¹⁷⁶⁵ In het arrest van 19 september 1983 heeft het Hof van Cassatie duidelijk het verband gelegd tussen het misbruik van contractuele rechten en het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten.¹⁷⁶⁶

574. *Beoordeling van een (mogelijke) schending van de goede trouw* – Geoordeeld wordt dat de goede trouw een objectief en normatief criterium inhoudt dat toelaat na te gaan of een objectieve gedraging van een rechtssubject beantwoordt aan de gedraging van een normaal redelijk en billijk persoon.¹⁷⁶⁷ Aangezien de goede trouw een open norm is, varieert de inhoud van deze norm sterk, rekening houdend met de belangen van het geding en met de bijzondere situatie van de partijen.¹⁷⁶⁸ Sommige auteurs menen dat een schending van het goede trouw-vereiste slechts op marginale wijze kan worden getoetst. De rechter zou zich niet in de plaats kunnen stellen van partijen en zou bijgevolg niet kunnen oordelen over de opportuniteit van een bepaalde gedraging.¹⁷⁶⁹ Een andere strekking in de rechtsleer betwist de vooropstelling van een marginale controle bij een schending van de goede trouw.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶³ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956, (489), 500-502; L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 51-52; H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 14; D. PHILIPPE, “De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst”, in X. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, 1990, (543) 550-551; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 80; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 35.

¹⁷⁶⁴ F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956, (489), 502 e.v., in het bijzonder 507; L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 52-55; H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 14; E. DIRIX, “Over de beperkende werking van de goede trouw”, *TBH* 1988, (660) 662-663. Zie tevens bij A. VAN OEVELEN, “De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184 B.W.)”, (noot onder Cass. 16 januari 1986), *RW* 1987-1988, (1471) 1472.

¹⁷⁶⁵ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 35; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (103) 107. Zie in het bijzonder F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956, (489), 496, die ‘handelen te goeder trouw’ omschrijft als ‘*handelen zoals een eerlijk, redelijk, fatsoenlijk mens handelt*’.

¹⁷⁶⁶ H. COUSY, “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (11) 15; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 35-36; A. VAN OEVELEN, “De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184 B.W.)”, (noot onder Cass. 16 januari 1986), *RW* 1987-1988, (1471) 1473. Zie evenwel de kritische analyse van CORNELIS: L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 56 e.v. Meer hierover, zie *infra*, nr. 594.

¹⁷⁶⁷ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)?”, *JT* 1990, (33) 33. Zie in dezelfde zin A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 454. Over dit onderscheid, zie tevens P. VAN OMMESLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 26.

¹⁷⁶⁸ D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 64. In ook het overzicht bij L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 73.

¹⁷⁶⁹ D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 64.

¹⁷⁷⁰ Op deze controverse gaan we hier niet dieper in. Zie in dit verband op uitvoerige wijze, L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l’autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 56-59.

iii. De goede trouw als grondslag van de *culpa in contrahendo*?

575. *Algemeen* – Een aantal auteurs hebben het goede trouw-vereiste vooropgesteld als grondslag voor de sanctionering van de *culpa in contrahendo*. Artikel 1134, lid 3 B.W. wordt in dit opzicht beschouwd als een veruitwendiging van een algemeen rechtsbeginsel, dat tevens van toepassing is op de precontractuele fase.¹⁷⁷¹

576. *Concrete argumenten* – Voor de toepassing van artikel 1134, lid 3 B.W. als grondslag van de *culpa in contrahendo* worden verscheidene concrete argumenten naar voor geschoven. Vooreerst wordt een tekstfragment aangevoerd van het oorspronkelijke ontwerp van artikel 1134, lid 3 B.W., waarin als volgt werd bepaald: “*Les conventions (...) doivent être contractées et exécutées de bonne foi*”.¹⁷⁷² De voorbereidende werken van het B.W. lijken de indruk te wekken dat de weglating van het woord *contractées* uiteindelijk ingegeven werd door de gedachte dat de zinsnede een overbodige herhaling zou bevatten van het principe van de bindende kracht van de overeenkomst, dat zijn neerslag reeds had gekregen in artikel 1134, lid 1 B.W.¹⁷⁷³

Daarnaast wordt traditioneel de bijzondere relatie tussen de onderhandelende partijen als argument voor de goede trouw-grondslag aangehaald. De precontractuele verhouding zou een vertrouwensrelatie betreffen die specifieke verplichtingen meebrengt en waarin een strengere gedragsnorm moet worden geëerbiedigd dan in het normaal maatschappelijk verkeer.¹⁷⁷⁴ In het bijzonder zou de goede trouw als voordeel bieden dat rekening kan worden gehouden met de aard en de economie van het contract in wording.¹⁷⁷⁵ Artikel 1382 B.W. zou daarentegen niet toelaten om voldoende rekening te houden met deze bijzondere omstandigheden van de precontractuele fase.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *TBBR* 1987, (101) 105. Zie in dezelfde zin, F. DOMONT-NAERT, “Obligation de renseignement et confiance légitime”, *TBH* 1986, (109) 112 e.v.; D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 71-76. In dezelfde zin oordeelt PHILIPPE dat de grondslag van de gekwalificeerde benadeling gelegen is in het goede trouw-vereiste dat de fase van de totstandkoming van de overeenkomst beheerst. Zie D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 63.

¹⁷⁷² A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIII, 1968, 8. Zie overzicht bij M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 190-191.

¹⁷⁷³ M. LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes français*, VI, 1836, 152-153. Zie DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 191; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 454-455.

¹⁷⁷⁴ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 100; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 244-245; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1218; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 455.

¹⁷⁷⁵ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi Journées Louisianaises*, 1992, (61) 73; W. WILMS, “De botsing der systemen in het Belgische verbintenissenrecht. Naar een structurele analyse van de goede trouw”, *Jura Falc.* 1980-81, (9) 15-17. Zie DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 191; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 455.

¹⁷⁷⁶ L. CORNELIS, “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, (391) 399; L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 64; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 100-101. VAN OMMESLAGHE werpt evenwel op dat de gedragsnormen die men aan de partijen tijdens de precontractuele fase op basis van art. 1382-1383 B.W. meent te kunnen opleggen, niet verschillen van de toepassing van art. 1134, lid 3 B.W. Deze auteur komt dan ook tot het besluit dat het gaat om veruitwendigingen van één en hetzelfde algemeen rechtsbeginsel van de uitvoering te goeder trouw. Zie P. VAN OMMESLAGHE, “Rapport général”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (25) 30 e.v.; P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit?”, *TBBR* 1987, (101) 105.

iv. Eigen theorievorming

577. *Verschilpunten tussen beide grondslagen* – Het lijkt aangewezen om de verschilpunten tussen de buitencontractuele aansprakelijkheid neergelegd in artikelen 1382-1383 B.W., en het goede trouw-vereiste te belichten, aangezien beide worden opgeworpen als mogelijke grondslag van de leer inzake de *culpa in contrahendo*. Deze verschilpunten werden door o.m. CORNELIS en DE BOECK uitgewerkt.¹⁷⁷⁷

578. *Theoretische toepassingsvoorwaarden* – Bij de vaststelling van de niet-naleving van een door de goede trouw ingegeven gedragsregel onderzoekt de rechter *noch* of de *dader* toerekeningsvatbaar was, *noch* of de schade ten gevolge van het gedrag voorspelbaar was. Beide elementen zijn echter wel toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid.¹⁷⁷⁸

Verder zal de miskenning van de goede trouw als zodanig tot een sanctie aanleiding geven, terwijl op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheid bijkomend het bewijs moet worden geleverd dat de fout in oorzakelijk verband staat met de schade.¹⁷⁷⁹ CORNELIS stelt dan ook vast dat de objectieve goede trouw aan de individuele gedragsvrijheid andere grenzen oplegt dan de verplichting tot herstel van foutief veroorzaakte schade voortvloeiend uit artikel 1382 B.W.¹⁷⁸⁰ De buitencontractuele aansprakelijkheidsregels gaan niet zo ver dat ze de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm als enige voorwaarde hanteren.

579. *Toetsing van miskenning algemene zorgvuldigheidsplicht* – Bij de toetsing op basis van artikelen 1382-1383 B.W. en bij de toetsing aan de goede trouw-plicht wordt een verschillend referentiekader gehanteerd. Beide controles houden rekening met de feitelijke omstandigheden die de gedraging omringen, alsook met waardeoordelen en sociale noden. Artikel 1134, lid 3 B.W. houdt evenwel niet enkel rekening met externe omstandigheden, maar ook met de subjectieve, eigen kenmerken van de schadeverwekker. Deze elementen spelen daarentegen niet bij het hanteren van de zorgvuldigheidsnorm in de precontractuele fase.¹⁷⁸¹ Evenwel houdt men bij de toetsing aan de algemene zorgvuldigheidsplicht van de artikelen 1382-1383 B.W. rekening met hoe een normaal voorzichtig en redelijk persoon zich in dezelfde feitelijke omstandigheden zou hebben gedragen. De rechtspraak vat deze *normaal voorzichtige en redelijke persoon* niet op als een onfeilbaar persoon.¹⁷⁸² Deze benadering dreigt wel voor te vallen bij

¹⁷⁷⁷ L. CORNELIS, “Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw”, *TPR* 1990, (545) 616-617; L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 20-23; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192-193.

¹⁷⁷⁸ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 83; L. CORNELIS, “Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw”, *TPR* 1990, (545) 616; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 457. Zie tevens D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 73.

¹⁷⁷⁹ L. CORNELIS, “Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw”, *TPR* 1990, (545) 617; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192. Zie tevens D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 73.

¹⁷⁸⁰ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 61-62 en 83; L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 20-23. Zie DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192.

¹⁷⁸¹ H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 456-457.

¹⁷⁸² L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 36. Zie tevens DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192.

de goede trouw, waar het normatieve aspect centraal lijkt te komen en men het rechtsverkeer lijkt te willen moraliseren.¹⁷⁸³

Terwijl men bij de beoordeling van een mogelijke miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm dient te verwijzen naar de feiten en omstandigheden op het ogenblik waarop de laakbare handeling werd gesteld, kan het normatieve en moraliserende karakter van de goede trouw-norm er volgens CORNELIS toe leiden dat de rechter niet enkel die feiten en omstandigheden in aanmerking neemt, maar ook de feiten en omstandigheden, de maatschappelijke behoeften en waardeoordelen die zich op het ogenblik van de beoordeling zelf voordoen.¹⁷⁸⁴

580. *Sanctionering* – De goede trouw kan de uitoefening van een recht ontnemen of kan ertoe leiden dat een contract wordt gevormd. Het herstel *in natura* van de schade op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheid zou echter tot een gelijkaardig resultaat kunnen leiden. Daarnaast kan de goede trouw bijvoorbeeld ook leiden tot een herziening van de contractuele voorwaarden.¹⁷⁸⁵

Bij schending van de goede trouw wordt het positieve belang vergoed. Hiermee lijkt de vergoeding op het eerste gezicht te verschillen van de vergoeding bij een buitencontractuele aansprakelijkheid, waar in beginsel enkel het negatieve belang in aanmerking wordt genomen. Deze visie is volgens CORNELIS te algemeen. Ook bij een sanctionering op basis van artikelen 1382-1383 B.W. kan de gederfde winst immers vergoed worden, telkens wanneer vastgesteld wordt op basis van de feitelijke omstandigheden dat bij afwezigheid van de fout, deze contractuele voordelen bekomen zouden worden. Daarenboven benadrukt deze auteur de mogelijkheid van het herstel *in natura* van de schade.¹⁷⁸⁶

581. *Voorkeur voor buitencontractuele aansprakelijkheid* – De grondslag voor de *culpa in contrahendo* ligt o.i. veeleer in de zorgvuldigheidsnorm van artikelen 1382-1383 B.W. Hoewel het ongetwijfeld zo is dat onderhandelingen te goeder trouw moeten worden gevoerd, lijkt het niet wenselijk om artikel 1134, lid 3 B.W. als grondslag van de *culpa in contrahendo* te hanteren.¹⁷⁸⁷

Het rechtshistorische argument aangebracht ter ondersteuning van de goede trouw als grondslag, kan niet overtuigen. Meer dan 200 jaar na de invoering van het Burgerlijk Wetboek verschilt de huidige invulling van artikel 1134, lid 3 B.W. sterk van de oorspronkelijke betekenis.¹⁷⁸⁸ Daarenboven heeft artikel 1134, lid 3 B.W. betrekking op de uitvoeringsfase van overeenkomsten.¹⁷⁸⁹ In de precontractuele fase is er evenwel geen sprake van contractuele binding en overheerst het beginsel van contractvrijheid. Een beoordeling van de precontractuele gedragingen aan de hand van

¹⁷⁸³ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 22. Zie tevens DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 192-193.

¹⁷⁸⁴ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 23. Zie tevens DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 193; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 456-457.

¹⁷⁸⁵ D. PHILIPPE, “Rapport belge”, in X. (ed.), *La bonne foi*, 1992, (61) 73.

¹⁷⁸⁶ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 61.

¹⁷⁸⁷ Zie tevens A. DE BOECK, “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, losbl., 41; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1219; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 457.

¹⁷⁸⁸ L. CORNELIS, “La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, 1990, (17) 68-69; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 193. Zie tevens H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 457.

¹⁷⁸⁹ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 101; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 60; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1219.

andere maatstaven dan bij contractuele binding, lijkt dan ook aangewezen.¹⁷⁹⁰ Bovendien kan een beroep op artikelen 1382-1383 B.W. volstaan om de bijzondere relatie waarin de onderhandelaars zich bevinden, in rekening te brengen. Het gedrag van de *bonus pater familias* wordt immers mee bepaald door de verhouding waarin hij zich tot de andere bevindt. CORNELIS wijst er overigens terecht op dat het foutcriterium ook toelaat rekening te houden met de bijzondere kennis, speciale bekwaamheid of het doorgedreven professionalisme van één van beide partijen.¹⁷⁹¹ Het principe van de goede trouw voegt dan ook niets nieuws toe aan de leer van artikel 1382-1383 B.W.¹⁷⁹²

De keuze voor de artikelen 1382-1383 B.W. als grondslag voor de *culpa in contrahendo* werd trouwens uitdrukkelijk bijgetreden door het Hof van Cassatie, terwijl het Hof de goede trouw alsnog niet als algemeen rechtsbeginsel heeft erkend.¹⁷⁹³ Tot slot moet ook benadrukt worden dat de rechtsvergelijking in dit verband geen tegenargument kan bieden. Dat de goede trouw in het Duitse recht, en ook in toenemende mate in het Nederlandse recht, toegepast wordt in de precontractuele verhoudingen, houdt veeleer verband met het feit dat de goede trouw in deze rechtsstelsels functies vervult die in ons recht door de zorgvuldigheidsplicht van de buitencontractuele aansprakelijkheid worden opgevangen.¹⁷⁹⁴

C. Gekwalificeerde benadeling als toepassingsgeval van de culpa in contrahendo

582. *Inleiding* – Hierna gaan we dieper in op de gekwalificeerde benadeling als toepassingsgeval van de leer inzake de *culpa in contrahendo*. Daarbij mogen we niet uit het oog verliezen dat enkele (Belgische) auteurs binnen de leer van de *culpa in contrahendo* een dualistisch foutbegrip hanteren, met name het foutbegrip van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, enerzijds, en een schending van het verbod op rechtsmisbruik, al dan niet beschouwd als algemeen rechtsbeginsel, anderzijds. We trachten concreet na te gaan hoe de bestaande doctrine, zowel zij die een uniform foutbegrip als zij die een dualistisch foutbegrip hanteren, de gekwalificeerde benadeling inpast in de leer van de *culpa in contrahendo*.

1. Toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid (1382-1383 B.W.)

583. *Algemeen* – Na de afwijzing van de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag van de gekwalificeerde benadeling, heeft een deel van de rechtspraak en rechtsleer de *culpa in contrahendo* gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als algemene grondslag aanvaard ter beteugeling van deze rechtsfiguur.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹⁰ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 193.

¹⁷⁹¹ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 101.

¹⁷⁹² W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 101; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, (1187) 1219; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 458. Zie in die zin ook STIJS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 138.

¹⁷⁹³ Zie respectievelijk Cass. 10 december 1981, *Arr. Cass.* 1981-1982, 502 en *Pas.* 1982, 494; Cass. 26 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 928. Zie L. CORNELIS, “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability. Reports for the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, (53) 64-65; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 193-194; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 101; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 60.

¹⁷⁹⁴ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 194. Zie ook DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 245; W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 101; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 458; J. HERBOTS, “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X. (ed.), *Het contract in wording*, 1987, (31) 45.

¹⁷⁹⁵ *Supra*, nr. 420.

a. Argumentatie

584. *Toepassingsvoorwaarden: fout, schade en oorzakelijk verband* – De drie toepassingsvoorwaarden die vereist zijn voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van artikelen 1382-1383 B.W., komen duidelijk aan bod in de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.¹⁷⁹⁶ Zo wordt voor de gekwalificeerde benadeling vereist dat een contractpartij misbruik maakt van de inferieure positie in hoofde van zijn medecontractant bij de contractsluiting. Dat misbruik wordt strijdig geacht met de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikelen 1382-1383 B.W., en wordt derhalve als een fout gekwalificeerd. Voor de toepassing van gekwalificeerde benadeling moet er ook schade zijn, die in het bijzonder bestaat uit een manifest onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Tot slot bestaat het oorzakelijk verband tussen fout en schade daarin dat de benadeling veroorzaakt moet zijn door het misbruik dat van de inferieure positie van de medecontractant wordt gemaakt.¹⁷⁹⁷ Wanneer de rechter bijgevolg nagaat of de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling vervuld zijn, dan wordt in beginsel louter vastgesteld dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikelen 1382-1383 B.W. is voldaan.¹⁷⁹⁸

585. *Voordeel ten aanzien van theorie ongeoorloofde oorzaak* – Met de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling wordt ook tegemoet gekomen aan de kritiek die ten aanzien van de theorie van de ongeoorloofde oorzaak als grondslag werd gegeven.¹⁷⁹⁹ Zo blijkt met de buitencontractuele aansprakelijkheid als grondslag veel duidelijker dat niet (het nastreven van) een zeer voordelige overeenkomst verwerpelijk is, maar wel de wijze waarop dat voordelige contract wordt afgedwongen.¹⁸⁰⁰ Aangezien ook het bedrog en het geweld als precontractuele fouten kunnen worden geanalyseerd en het incidenteel bedrog eveneens via de artikelen 1382-1383 B.W. wordt gesanctioneerd, zorgt deze grondslag voor een grotere coherentie.¹⁸⁰¹ Op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. kan de rechter de buitensporige prestatie matigen, bij wijze van herstel *in natura* van de schade, en zo de benadeling onderdrukken zonder te raken aan het bestaan van de overeenkomst.¹⁸⁰² Evenwel mag daarbij niet uit het oog worden verloren dat de rechter op basis van artikelen 1382-1383 B.W. ook tot de nietigheid van de overeenkomst kan besluiten, indien de nietigheid de meest gepaste vorm van herstel *in natura* van de schade zou uitmaken.¹⁸⁰³

¹⁷⁹⁶ *Supra*, nrs. 406 e.v.

¹⁷⁹⁷ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 36; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752.

¹⁷⁹⁸ A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 196. Zie tevens DE BONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, 1985, 153.

¹⁷⁹⁹ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 27.

¹⁸⁰⁰ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 512-513.

¹⁸⁰¹ A. DE BERSAQUES, “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, (10) 13-14. Zie eerder reeds bij deze auteur: A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 506-507; A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 197. Zie ook CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 75; J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 752.

¹⁸⁰² A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes mœurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 197; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 36-37. Zie ook A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)”, *RW* 1977-78, (2290) 2295-2296.

¹⁸⁰³ S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 154 en 162; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (125) 146. Inzake de toepassing van de nietigheidssanctie, als meeste gepaste vorm van herstel *in natura* van de schade, bij incidenteel bedrog en incidenteel geweld, wijst WÉRY op het vereiste van het oorzakelijk verband tussen fout en schade. Het slachtoffer van een incidenteel bedrog zou immers zonder dat bedrog

b. Bezwaren

586. *Theoretische bezwaren* – De wetgever heeft de vereisten voor een geldige overeenkomst op uitdrukkelijke en specifieke wijze geregeld in artikel 1108 B.W. Sommige van deze geldigheidsvereisten beogen precies de bescherming van de toekomstige contractant. Er wordt opgeworpen dat, indien de gekwalificeerde benadeling op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels wordt gegrondvest, afbreuk wordt gedaan aan de wil van de wetgever. In het Burgerlijk Wetboek wordt immers geen gewag gemaakt van artikel 1382 B.W. als techniek ter beoordeling van de geldigheid van overeenkomsten. De bescherming van de medecontractant tijdens de precontractuele fase wordt in het Burgerlijk Wetboek op een eigen wijze, los van artikel 1382 B.W., geregeld.¹⁸⁰⁴

587. *Onverenigbare toepassingsvoorwaarden* – De buitencontractuele aansprakelijkheidsregels zouden moeilijk verenigbaar zijn met de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling.¹⁸⁰⁵ Zo oordeelt DE BONDT dat het misbruikcriterium bij de gekwalificeerde benadeling fundamenteel verschilt van het foutcriterium van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Het eerste zou slechts een marginale toetsing mogelijk maken, terwijl het tweede een volledige toetsing door de rechter inhoudt. Verder wordt gewezen op de bijzondere interferentie die er zou bestaan tussen de verscheidene toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling, met name tussen de benadeling en het misbruik, hetgeen geen steun lijkt te vinden in de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels.¹⁸⁰⁶ Ook zou de gekwalificeerde benadeling meer dan een loutere schade vereisen, met name een wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties.¹⁸⁰⁷

2. Toepassing van de theorie van het verbod op rechtsmisbruik

588. *Algemeen* – Sommige auteurs expliciteren de gekwalificeerde benadeling in het bijzonder als een toepassing van het verbod op rechtsmisbruik. De contractpartij die misbruik maakt van de inferieure positie van zijn medecontractant om buitensporige voordelen te bekomen, zou een misbruik maken van het recht om vrij te contracteren.¹⁸⁰⁸

het contract ook gesloten hebben, weliswaar tegen minder nadelige voorwaarden. Dat is volgens WÉRY de enige schade die de rechter moet herstellen. De nietigheid van de overeenkomst gaat volgens deze auteur als sanctie dan ook te ver. Zie P. WÉRY, “La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux: une hypothèse loin d’être exceptionnelle”, in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, 2010, (13) 23. Zie aangaande de sanctie ook *infra*, nrs. 734-738.

¹⁸⁰⁴ DE BONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, 1985, 154-155; J. LIMPENS en J. VAN DAMME, “Examen de jurisprudence (1956 à 1959)”, *RCJB* 1960, (337) 341.

¹⁸⁰⁵ In andere zin, A. DE BERSAQUES, “La sanction de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), (183) 196.

¹⁸⁰⁶ DE BONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, 1985, 155-156.

¹⁸⁰⁷ Zie overzicht bij D. M. PHILIPPE, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *JT* 1988, (346) 346. Meer hierover, zie *infra*, nrs. 601-603.

¹⁸⁰⁸ DE BONDT, *De gekwalificeerde benadeling*, 1985, 158 e.v.; H. DE PAGE, “La lésion dans les contrats”, in X., *Travaux de l’Association Henri Capitant*, 1946, 211. Zie ook de Franse auteurs, J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 2000, 165; E. DEMONTES, “Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats”, in X., *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1937, (171) 179; PEROT-MOREL, *De l’équilibre*, 1961, 161. Zie overzicht bij A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, (501) 515.

a. Algemene verworvenheden inzake de theorie van het verbod op rechtsmisbruik

i. Misbruik van contractuele rechten

589. *Algemene begripsbepaling* – Een handeling die rechtsmisbruik uitmaakt, is een gedraging die op het eerste zicht rechtmatig is, omdat de betrokkene meestal een specifieke wettelijke grondslag voor zijn gedrag kan invoeren of omdat geen wettelijk verbod, dat rechtstreeks verband houdt met zijn handelen, kan worden tegengeworpen. Desalniettemin kan de gedraging als onrechtmatig worden beschouwd in de uitoefening ervan en in het licht van bijzondere omstandigheden. Met het verbod op rechtsmisbruik wordt een instrument geleverd om kennelijk onredelijke rechtsuitoefening te bestrijden.¹⁸⁰⁹

590. *Vermoeden van wettigheid* – De theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik toont duidelijk aan dat ieder subjectief recht gerelativeerd moet worden. Men kan immers de grenzen van een subjectief recht overschrijden, ook al bevindt men zich – rekening houdend met de formele grenzen van dat recht – ogenschijnlijk binnen de grenzen.¹⁸¹⁰ “*De formele grenzen van het subjectieve recht, zoals die bijv. door de wet zijn vastgelegd, wekken namelijk de schijn, dat al wat binnen die grenzen blijft rechtmatig is. De leer van het misbruik van recht vernietigt die schijn door ook naar binnen grenzen te trekken en zulks op grond van een algemeen, ongeschreven beginsel van betamelijkheid.*”¹⁸¹¹ Het komt er derhalve op neer het vermoeden van wettigheid van rechtsuitoefening te weerleggen door misbruik aan te tonen.¹⁸¹²

591. *Onderscheid met andere fouten* – DALCQ maakt duidelijk het onderscheid tussen rechtsmisbruik en o.m. de buitencontractuele fout.¹⁸¹³ Hij vertrekt daarbij vanuit de overweging dat de wetgever de vrijheid van een rechtssubject aan banden legt door beperkingen op te leggen op de uitoefening van zijn rechten. Hij overweegt hierbij als volgt: “*Lorsque nous dépassons ces limites, nous ne commettons pas un abus de droit mais nous violons la loi et agissons sans droit. Lorsqu’au contraire nous restons dans les limites des droits définis que le législateur nous accorde mais que, par leur exercice, nous violons un droit appartenant à autrui, alors seulement se pose le problème de l’abus de droit. Si enfin, en usant de notre liberté dans un domaine où la loi n’a pas spécialement limité nos droits, nous causons un dommage à autrui parce que nous faisons un usage répréhensible de notre liberté, il n’y a pas abus de droit mais simplement faute acquiescente. Notre liberté d’agir, dans les cas où elle n’est pas spécialement réglementée, reste limitée par l’obligation de ne pas causer de dommage à autrui par notre faute.*”

592. *Misbruik van contractuele rechten* – Het verbod op rechtsmisbruik werd aanvankelijk ontwikkeld in het buitencontractuele domein. Het lijkt echter geen twijfel dat ook van contractuele

¹⁸⁰⁹ B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 117 en 120.

¹⁸¹⁰ J. LIMPENS en R. KRUIHOF, “Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in X. (ed.), *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, 1973, (655) 671. In dezelfde zin, S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 87.

¹⁸¹¹ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 182. Zie ook J. LIMPENS en R. KRUIHOF, “Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in X. (ed.), *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, 1973, (655) 671.

¹⁸¹² W. RAUWS, “Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis?”, *RW* 1983-1984, (279) 281.

¹⁸¹³ R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile, I*, 1967, 252.

rechten misbruik kan worden gemaakt.¹⁸¹⁴ Zo is misbruik mogelijk van de rechten die partijen uitdrukkelijk contractueel hebben vastgelegd alsmede van de rechten die door de wet aan een bepaalde overeenkomst worden verbonden.¹⁸¹⁵ Misbruik van een contractueel recht kan voorvallen bij het uitoefenen van het keuzerecht neergelegd in artikel 1184 B.W., het invoeren van de exceptie van niet-uitvoering of de uitoefening van het recht om gedwongen uitvoering van de overeenkomst te eisen.¹⁸¹⁶ Ook de uitoefening van contractuele bedingen, zoals schadebedingen of bedingen die een contractpartij het recht verlenen om op eenzijdige wijze het contract te wijzigen of te beëindigen, wordt vaak getoetst op misbruik.¹⁸¹⁷

ii. Grondslag

593. *Algemeen* – Vroeger werd aan het verbod op rechtsmisbruik een uniforme grondslag toegeschreven, met name de artikelen 1382-1383 B.W., ongeacht of er misbruik werd gemaakt van een contractueel dan wel van een buitencontractueel recht.¹⁸¹⁸ Nu het Hof van Cassatie de grondslag van het verbod op misbruik van contractuele rechten heeft gelegd in artikel 1134, lid 3 B.W., met name in het vereiste van de goede trouw¹⁸¹⁹, lijkt zich een andere juridische grondslag op te dringen dan voor het verbod op rechtsmisbruik van buitencontractuele rechten, waar de grondslag nog steeds de artikelen 1382-1383 B.W. zijn.¹⁸²⁰ Sommige auteurs benadrukken dat het zoeken van een uniforme grondslag niet essentieel is, aangezien de theorie van het rechtsmisbruik veeleer voortvloeit uit ongeschreven rechtsregels die in verband staan met fundamentele morele principes en maatschappelijke opvattingen. In die zin zou men zelfs gewag kunnen maken van een algemeen rechtsbeginsel van verbod op rechtsmisbruik.¹⁸²¹

594. *Cass. 19 september 1983* – Met het arrest van 19 september 1983 oordeelde het Hof van Cassatie voor het eerst dat in contractuele aangelegenheden het verbod om rechtsmisbruik te plegen, steunt op het vereiste van de uitvoering te goeder trouw van overeenkomsten, neergelegd in artikel 1134, lid 3 B.W.¹⁸²² Het Hof overweegt er als volgt: “*dat het in art. 1134 van het Burgerlijk Wetboek*

¹⁸¹⁴ W. RAUWS, “Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis?”, *RW* 1983-1984, (279) 280; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2471.

¹⁸¹⁵ B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 121.

¹⁸¹⁶ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 70; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 91-92; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 102. Zie tevens P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 219 e.v.

¹⁸¹⁷ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 70; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 102.

¹⁸¹⁸ Zie in die zin R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 256; A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit”, (noot onder Gent 20 november 1950), *RCJB* 1953, (272) 273; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2471; P. VAN OMMESELAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 335.

¹⁸¹⁹ S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 82.

¹⁸²⁰ B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 120-121; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 63; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40. Zie ook uitgebreid bij P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 199 e.v.

¹⁸²¹ Zie o.m. B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 120-121.

¹⁸²² P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 203; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBBR* 1984, (244) 244; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 63; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij

neergelegd beginsel dat de overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer gebracht moeten worden, een contractpartij verbiedt misbruik te maken van de rechten die dit contract haar toekent". Het Hof preciseert dat natuurlijk geen misbruik kan worden afgeleid uit het feit dat een contractpartij zijn recht uitsluitend in eigen belang gebruikt, maar wel indien zij "daaruit een voordeel trekt dat niet in overeenstemming is met de correlatieve last van de andere partij".¹⁸²³ Met dit arrest werd duidelijk dat het misbruik maken van een contractueel recht, tevens een handeling uitmaakt tegen de eisen van de goede trouw en een schending van artikel 1134, lid 3 B.W. Met het latere arrest van 17 mei 1990 verduidelijkte het Hof van Cassatie dat ook voor de toepassing van de matigende werking van de goede trouw noodzakelijk één van de criteria van rechtsmisbruik vervuld diende te zijn. Hiermee bereikte men in het contractenrecht de volledige gelijkschakeling van het misbruik van recht en de matigende werking van de goede trouw.¹⁸²⁴

iii. Rol van de rechter

595. *Matigingsbevoegdheid* – Stelt de rechter een misbruik van een contractueel recht vast, dan kan hij de uitoefening van dat recht matigen. Het verbod op rechtsmisbruik sanctioneert een gedraging die ogenschijnlijk rechtmatig is, aangezien de titularis van het contractueel recht handelt binnen de formele grenzen van zijn recht. Evenwel moet die gedraging toch als onrechtmatig worden beschouwd, aangezien deze kennelijk niet strookt met wat een behoorlijke uitoefening van dat recht in de gegeven omstandigheden zou inhouden.¹⁸²⁵ De rechter mag het laakbare gedrag in dat geval matigen, in die zin dat hij de uitoefening van de gedraging binnen de perken van een behoorlijke uitoefening zal brengen.¹⁸²⁶ De beteugeling van rechtsmisbruik moet er immers toe leiden dat aan de abusievelijke handeling ieder rechtsgevolg wordt ontnomen.¹⁸²⁷ Het Hof van Cassatie verduidelijkte dat de sanctie van rechtsmisbruik niet bestaat in het volledig verbeuren van het betrokken recht, maar wel in het herleiden van het recht tot zijn normaal gebruik, d.i. het opleggen van de normale rechtsuitoefening of herstel *in natura*, of in het herstel van de schade die werd veroorzaakt door misbruik (herstel bij equivalent).¹⁸²⁸

596. *Matigingsvormen* – De matigingsbevoegdheid van de rechter bij rechtsmisbruik kent verschillende varianten. Zo kan de matigingsbevoegdheid bestaan in het herleiden van een beding tot

misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 82; S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 35.

¹⁸²³ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 101.

¹⁸²⁴ P.A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 206; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 65; S. STIJNS, "De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 85. Zie tevens VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 101.

¹⁸²⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 66; S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 42-43.

¹⁸²⁶ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 102.

¹⁸²⁷ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 71; S. STIJNS, "De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 92.

¹⁸²⁸ Cass. 8 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, I, 244, *RW* 2001-2002, 778, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 11 juni 1992, *Pas.* 1992, I, 898; Cass. 16 december 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 518 en *Pas.* 1983, I, 472. Zie ook STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 71; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *JT* 1996, (689) 707; S. STIJNS, "De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 93.

zijn normaal gebruik (bv. bij een schadebeding). In geval van misbruik in de uitoefening van het keuzerecht neergelegd in artikel 1184 B.W. kan de rechter als matigingsvorm de keuze wijzigen en de andere sanctie opleggen. De rechter zou een partij zelfs het recht kunnen ontzeggen om een beroep te doen op een bepaald beding.¹⁸²⁹

597. *Criteria* – Het Hof van Cassatie heeft in zijn rechtspraak inzake rechtsmisbruik een algemeen criterium ter zake ontwikkeld. Rechtsmisbruik wordt omschreven als “*de uitoefening van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon*”.¹⁸³⁰

Dit algemene criterium voor de vaststelling van rechtsmisbruik dient door de rechter *in concreto* ingekleurd te worden door een nauwkeurige vaststelling van de feiten. De rechter dient aan te geven *waarom* een bepaalde rechtsuitoefening kennelijk de grenzen van de normale rechtsuitoefening in dezelfde omstandigheden te buiten gaat. Hiertoe werden een aantal bijzondere criteria ontwikkeld, voornamelijk op het gebied van het eigendomsrecht, die echter ook naar analogie kunnen worden toegepast op misbruik van contractuele rechten.¹⁸³¹ Deze bijzondere criteria betreffen het exclusief oogmerk om te schaden, het handelen zonder redelijk en voldoende belang, het kiezen van de schadelijkste vorm van rechtsuitoefening bij gelijk nut en het proportionaliteitscriterium.¹⁸³²

598. *Marginale controle* – Het bovenstaande generieke criterium wordt toegepast om misbruik van een contractueel recht vast te stellen, alvorens de rechter de rechtsuitoefening kan matigen. Evenwel moet de rechter zich bij de uitoefening van zijn matigingsrecht zelf ook terughoudend opstellen. Enkel bij een manifeste of kennelijke overschrijding van de grenzen van de rechtsuitoefening mag er gematigd worden. De controle die de rechter uitoefent op de gedraging van een contractpartij, is dan ook slechts marginaal.¹⁸³³

¹⁸²⁹ Zie de uitvoerige bespreking bij S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 94 e.v.

¹⁸³⁰ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31, concl. Proc.-Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH; B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 118; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, (244) 250; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 66; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 707; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 87; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40.

¹⁸³¹ B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 121; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, (244) 250; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 68-69; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 101.

¹⁸³² B. HUBEAU en W. RAUWS, “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik en het huurrecht”, *TBBR* 1987, (113) 121; J. LIMPENS en R. KRUTHOF, “Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in X. (ed.), *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, 1973, (655) 658 e.v.; W. RAUWS, “Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983”, *TBH* 1984, (244) 251-252; J-F. ROMAIN, “Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d’un nouveau paradigme contractuel”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, 2000, (43) 117 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 68-69; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 707; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 89-91; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 101. Zie tevens bij eerdere rechtsleer: R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 260 e.v.; A. DE BERSAQUES, “L’abus de droit”, (noot onder Gent 20 november 1950), *RCJB* 1953, (272) 275 e.v.; F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR* 1967, (339) 340 e.v.

¹⁸³³ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 67; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 87; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW*

599. *Marginale controle (vervolg)* – Bij een marginale controle stelt de rechter zich terughoudend op. Dat betekent dat hij zijn persoonlijke oordeel niet in de plaats mag stellen van dat van de partij die hij beoordeelt (volle toetsing). Wel dient hij rekening te houden met de beslissingsmarge die een contractpartij toekomt bij de uitoefening van zijn rechten. Slechts wanneer de titularis bij zijn rechtsuitoefening kennelijk de grenzen van de redelijkheid heeft overschreden, kan een matiging door de rechter plaatsvinden. Dat zal het geval zijn wanneer de rechter vaststelt dat “*geen enkele titularis van eenzelfde recht, geplaatst in dezelfde omstandigheden, die uitoefeningswijze zou hebben gekozen*”.¹⁸³⁴ Deze terughoudendheid in hoofde van de rechter is logisch, aangezien een contractpartij in beginsel optreedt binnen de formele grenzen van zijn contractueel recht en derhalve op het eerste gezicht ook rechtmatig handelt.¹⁸³⁵

b. Rechtsmisbruik als grondslag van de gekwalificeerde benadeling

600. *Algemeen* – Bij een overeenkomst die onder invloed van gekwalificeerde benadeling tot stand kwam, zou volgens DE BONDT, bij toepassing van rechtsmisbruik als grondslag, misbruik gemaakt zijn van het recht om te contracteren, in het bijzonder van de bevoegdheid tot autonome inhoudsbepaling. Het verbod op rechtsmisbruik als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling zou de kenmerken van de gekwalificeerde benadeling verklaren en daarenboven toelaten deze rechtsfiguur op waardevolle wijze te vervolledigen. DE BONDT haalt zelf aan dat dit geen evidentie is, aangezien zowel het leerstuk van het verbod op rechtsmisbruik als dat van de *culpa in contrahendo* (in enge zin) in zijn visie onrechtmatige daadconstructies uitmaken.¹⁸³⁶

601. *Toepassingsvoorwaarden* – DE BONDT hanteert als vertrekpunt de bevindingen van zijn studie van de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling, met name (i) de beperkte toetsing van het misbruikcriterium en (ii) de grote interferentie tussen de verschillende toepassingsvoorwaarden. Deze bevindingen meent hij te kunnen kaderen binnen de theorie van het verbod op rechtsmisbruik.¹⁸³⁷

602. *Marginale toetsing* – Zowel de gekwalificeerde benadeling als het rechtsmisbruik zouden gekenmerkt worden door een beperkte toetsing aan artikel 1382 B.W. De voorwaarde van het *kennelijk misbruik* van de gekwalificeerde benadeling is bijgevolg slechts een toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik. Op het vlak van het misbruik van de contractvrijheid – meer in het bijzonder de vrijheid tot autonome inhoudsbepaling – concretiseert de regel van de marginale toetsing zich in de voorwaarde

1979-1980, (2467) 2472; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 41.

¹⁸³⁴ S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 88; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 41.

¹⁸³⁵ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 67; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2005, (79) 88; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 42-43; W. VAN GERVEN en A. DEWAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (103) 110; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2472. Zie tevens de uitvoerige bijdrage inzake de marginale controle door RONSE: J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, 207-220.

¹⁸³⁶ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 158. Zie ook W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (93) 106. Er moet worden aangestipt dat de theorie van het rechtsmisbruik in het contractenrecht ten tijde van het proefschrift van DE BONDT (1985) minder verfijnd en uitgewerkt was dan nu.

¹⁸³⁷ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 37.

van het *kennelijk misbruik*.¹⁸³⁸ Op de vraag waarom het nu precies wenselijk is om dit kennelijkheidsvereiste op te nemen in het misbruikcriterium van de gekwalificeerde benadeling, geeft DE BONDT o.i. geen bevredigend antwoord. Hij verwijst hiertoe louter naar het beginsel van de wilsautonomie en het vereiste van rechtszekerheid.¹⁸³⁹

603. *Interferentie tussen toepassingsvoorwaarden* – Ook de interferentie tussen de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling zou een loutere veruitwendiging zijn van de theorie inzake rechtsmisbruik. *Enerzijds* zal de rechter bij rechtsmisbruik uit de graad van de schending van het belang van de derde, soms het bestaan van een fout afleiden. Is het geschade belang groot, terwijl het belang van de titularis verwaarloosbaar is, dan knoopt de rechter aan deze vaststelling het vermoeden van de fout in hoofde van de titularis vast. Bij de gekwalificeerde benadeling dient de rechter, bij de beoordeling van het misbruik, mede de graad van benadeling vast te stellen en te waarderen. Hoe groter de benadeling is, des te vlugger tot het bestaan van een misbruik te besluiten valt.¹⁸⁴⁰

Anderzijds wordt beklemtoond dat eens het opzet om te schaden vaststaat, er al sprake kan zijn van rechtsmisbruik. Een van de criteria van rechtsmisbruik is immers dat de uitoefening van het recht, met het uitsluitende oogmerk om te schaden, rechtsmisbruik uitmaakt. Bij dit criterium, waar het element van de fout bijzonder scherp aanwezig is, hecht men geen belang meer aan de schade in hoofde van de derde. DE BONDT trekt ook hier de lijn naar de gekwalificeerde benadeling door. Bij sterk sprekende inferioriteit en misbruik is ook een louter nadeel, in plaats van benadeling, vatbaar voor sanctiëring.¹⁸⁴¹

604. *Misbruik van bevoegdheid tot autonome inhoudsbepaling* – Binnen de contractvrijheid of het beginsel van de wilsautonomie onderscheidt DE BONDT twee aspecten: (i) de vrijheid van ieder rechtssubject om al dan niet te contracteren, en (ii) de vrijheid van contractpartijen om de inhoud van de overeenkomst te bepalen.¹⁸⁴² Dat het niet evident is dat misbruik kan worden gemaakt van de *vrijheid* van contracteren – DE BONDT zelf spreekt hier vreemd genoeg plots van het recht te contracteren – geeft deze auteur ook zelf toe. Alle bij de overeenkomst betrokken partijen beschikken immers over de vrijheid te contracteren.

605. *Ontbreken werkelijke contractvrijheid* – Dat alsnog misbruik kan worden gemaakt van de vrijheid te contracteren, zou volgens DE BONDT te wijten zijn aan het ontbreken van daadwerkelijke contractvrijheid in de praktijk. Dat werkelijke contractvrijheid ontbreekt, volgt o.m. uit de realiteit van onze sociale organisatie. Individuen die in hun behoeften willen voorzien, moeten contracteren. Ver doorgedreven specialisatie in arbeid, kennis, productie en handel zou hier de hoofdverantwoordelijke voor zijn.¹⁸⁴³ De vrijheid om de inhoud van de overeenkomst vast te leggen, vertrekt vanuit de idee dat beide partijen in samenspraak tot een compromis komen dat beider belangen verdedigt. Deze idee blijkt veelal een utopie te zijn, aangezien beide partijen zich vaak in een ongelijke situatie bevinden. De sterkere partij kan de economisch zwakke positie van zijn medecontractant misbruiken en eenzijdige voordelige contractvoorwaarden opleggen.¹⁸⁴⁴ Het aanknopingspunt tussen het misbruik van de vrijheid te contracteren en de gekwalificeerde benadeling ligt volgens DE BONDT in het toepassingsvereiste van

¹⁸³⁸ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 171.

¹⁸³⁹ Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 121-122.

¹⁸⁴⁰ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 173-174.

¹⁸⁴¹ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 174.

¹⁸⁴² DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 174.

¹⁸⁴³ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 175-177.

¹⁸⁴⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 177-178.

het bestaan van omstandigheden van inferioriteit. Door deze omstandigheden van inferioriteit, onontbeerlijk voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling, is de vrijheid van contracteren vatbaar voor misbruik.¹⁸⁴⁵

3. Onderscheid buitencontractuele aansprakelijkheid (artikelen 1382-1383 B.W.) en theorie inzake rechtsmisbruik

606. *Algemeen* – “*Nous croyons qu’il n’y a guère intérêt à distinguer entre l’abus du droit de contracter librement, reconnu par l’article 1134 du Code civil, et la faute acquilienne puisque l’abus du droit n’est que pareille faute commise dans l’exercice de ce droit.*”¹⁸⁴⁶ “*Qu’on admette que la lésion qualifiée est une faute acquilienne ordinaire ou qu’elle entre dans cette catégorie spéciale de faute que constitue l’abus de droit, la sanction se trouvera toujours dans l’article 1382 du Code civil, puisqu’il est admis, que c’est cette disposition légale qui sanctionne l’abus de droit.*”¹⁸⁴⁷ Beide citaten geven aan dat DE BERSAQUES weinig belang hechtte aan het onderscheid tussen, enerzijds, de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (neergelegd in de artikelen 1382-1383 B.W.), en, anderzijds, de theorie inzake rechtsmisbruik, als mogelijke grondslagen voor de gekwalificeerde benadeling. Toch zijn er aanzienlijke verschillen tussen de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels en de theorie inzake rechtsmisbruik, wat het belang van het aanwijzen van een correcte grondslag voor de gekwalificeerde benadeling vergroot.

607. *Algemeen toetsingscriterium* – Het foutbegrip in de artikelen 1382-1383 B.W. verwijst naar “*de gedraging van een normaal voorzichtig en redelijk persoon die in dezelfde omstandigheden is geplaatst*”. Het Hof van Cassatie heeft voor de toetsing van rechtsmisbruik volgend algemeen criterium naar voor geschoven: van rechtsmisbruik is sprake, indien de rechtsuitoefening gebeurt “*op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon*”. Sommige auteurs beschouwen deze criteria resoluut als éénzelfde toe te passen zorgvuldigheidsnorm.¹⁸⁴⁸ Anderen wijzen echter op de opmerkelijk verschillende formulering van beide criteria.¹⁸⁴⁹ Zo wijst CORNELIS inzake rechtsmisbruik in het bijzonder op de afwezigheid van (i) een verwijzing naar de omstandigheden waarin het rechtssubject is geplaatst, (ii) het toerekenbaarheidsvereiste en (iii) het vereiste van voorspelbaarheid van de schade. Deze elementen zijn evenwel onontbeerlijk in het foutbegrip overeenkomstig de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁸⁵⁰ STIJNS benadrukt de opname van het woord *kennelijk* in het criterium van rechtsmisbruik, hetgeen wijst op

¹⁸⁴⁵ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 178-179. Zie ook *supra*, nrs. 604-605 en *infra*, nrs. 643-644.

¹⁸⁴⁶ A. DE BERSAQUES, “La notion de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, (183) 195.

¹⁸⁴⁷ A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 512.

¹⁸⁴⁸ R. KRUTHOF, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, (940) 944; J. LIMPENS en R. KRUTHOF, “Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in X. (ed.), *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, 1973, (655) 668.

¹⁸⁴⁹ H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, 1979, 70-71; L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 64; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling* 1985, 162; R. SOETAERT, “Rechtsbeginselen en marginale toetsing in cassatie”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (51), 64-66; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40; W. VAN GERVEN en A. DE WAELE, “Goede trouw en getrouw beeld”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jan Ronse*, 1986, (103) 123.

¹⁸⁵⁰ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 63-64. Zie ook M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 459.

een marginale beoordelingsbevoegdheid in hoofde van de rechter.¹⁸⁵¹ Door sommige auteurs wordt evenwel uit het gebruik van het woord *kennelijk* ten onrechte afgeleid dat in geval van rechtsmisbruik enkel zware of opzettelijke fouten gesanctioneerd zouden worden.¹⁸⁵²

608. *Marginale toetsing* – Uit het generieke criterium van rechtsmisbruik wordt afgeleid dat de rechter de rechtsuitoefening slechts marginaal kan toetsen, dit terwijl bij de foutbeoordeling in het licht van artikelen 1382-1383 B.W. een volle toetsing kan worden doorgevoerd.¹⁸⁵³ Aangezien de volle toetsing in beginsel de regel is, moet de marginale toetsing door bijzondere omstandigheden verantwoord kunnen worden. Bij rechtsmisbruik bestaan die omstandigheden in de vaststelling dat het rechtssubject beschikt over een subjectief recht, hetgeen hem in een superieure positie plaatst en dat hij zijn recht uitoefent binnen de formele grenzen van dat recht, wat een vermoeden van geldigheid oplevert.¹⁸⁵⁴ Zowel bij de aansprakelijkheidsregels van artikelen 1382-1383 B.W. als bij rechtsmisbruik wordt toepassing gemaakt van de algemene zorgvuldigheidsnorm, maar de benaderingswijze van de rechter verschilt door de oplegging van de marginale toetsing in geval van rechtsmisbruik.¹⁸⁵⁵

609. *Schade en oorzakelijk verband* – Door CORNELIS wordt bijkomend gewezen op de afwezigheid van de vereisten van schade en oorzakelijk verband in geval van rechtsmisbruik. Rechtspraak en rechtsleer lijken volgens deze auteur ook rechtmisbruik te aanvaarden zonder dat het bewijs van een schade of een oorzakelijk verband dient te worden bewezen. Bij rechtmisbruik wordt de loutere gedragsinbreuk gesanctioneerd.¹⁸⁵⁶ FORIERS betwist evenwel deze visie en meent dat ook bij rechtsmisbruik de drie elementen van fout, schade en oorzakelijk verband aanwezig moeten zijn.¹⁸⁵⁷

610. *Sanctionering* – Ook de sanctionering van beide grondslagen verschilt. Op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels heeft het slachtoffer een recht op een volledig herstel van de schade, bij voorkeur *in natura*. Bij een schending van het verbod op rechtsmisbruik blijft de sanctie daarentegen beperkt tot de herleiding van het recht tot de normale uitoefening of tot het herstel van het door het rechtsmisbruik veroorzaakte schade.¹⁸⁵⁸

¹⁸⁵¹ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40 e.v.

¹⁸⁵² Zie o.m. H. BOCKEN, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, 1979, 70-71; M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder met betrekking tot een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; A. DE BERSAQUES, “L’oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges en l’honneur de Jean Dabin*, II, 1963, (487) 508; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 162 en 169. Zie ook S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 43.

¹⁸⁵³ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 63-64. Zie evenwel in andere zin, P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 200.

¹⁸⁵⁴ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 41.

¹⁸⁵⁵ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 43.

¹⁸⁵⁶ L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?”, in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid, XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, 1993, (1) 63-65.

¹⁸⁵⁷ P. A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 216.

¹⁸⁵⁸ M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder m.b.t. een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 459.

D. Eigen theorievorming: verwerping van de theorie van rechtsmisbruik en aanwijzing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling

611. *Algemeen* – De precontractuele fase wordt beheerst door het beginsel van contactvrijheid. Aangezien het verbod op rechtsmisbruik enkel toegepast kan worden bij rechten en niet bij vrijheden (i), kan van dit verbod geen toepassing worden gemaakt bij het beginsel van contractvrijheid (ii). Derhalve kan het verbod op rechtsmisbruik ook niet als grondslag worden aangewezen van de gekwalificeerde benadeling. De grondslag ligt daarentegen in de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (iii).

1. Rechtsmisbruik: misbruik van rechten, niet van vrijheden

a. Inleidend

612. *Algemeen* – De afbakening van het toepassingsgebied van het verbod op rechtsmisbruik is geenszins onbelangrijk. Reeds in 1967 wees VAN NESTE op het belang van een duidelijke aflijning van de theorie, aangezien “(...) *het gevaar niet ondenkbeeldig [is] dat de theorie, wegens vaagheid en rekbaarheid der begrippen, een te ruime toepassing zou krijgen op gebieden waar ze overbodig blijkt te zijn*”.¹⁸⁵⁹

613. *Verdeeldheid in de doctrine* – Sommige auteurs hebben de uitbreiding van het verbod op rechtsmisbruik bepleit, teneinde ook het misbruik van een *vrijheid* onder deze theorie te brengen.¹⁸⁶⁰ Het lijkt op het eerste gezicht inderdaad paradoxaal dat een theorie controle zou uitoefenen op het gebruik van afgebakende rechten die door de wet worden toegekend, dit terwijl de voorrechten (of *prerogatieven*) die voortvloeien uit een vrijheid, en derhalve niet precies gedefinieerd worden in de wet, aan dergelijke controle zouden ontsnappen.¹⁸⁶¹ Andere auteurs bepleiten daarentegen terecht de beperking van de theorie van het rechtsmisbruik tot afgebakende rechten. Vrijheden die onbepaald zijn, vallen in deze visie dan ook buiten het toepassingsgebied van de theorie van het rechtsmisbruik.¹⁸⁶²

¹⁸⁵⁹ F. VAN NESTE, “Misbruik van recht”, *TPR* 1967, (339) 340.

¹⁸⁶⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 276 e.v.; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 158 e.v. en 174 e.v.; J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter (1)”, *TBBR* 1994, (440) 455-458; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2471; VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 70; P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 325. Zie ook A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, 2008, (439) 449. Voor Frankrijk: E. DEMONTES, “Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats”, in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, 1937, (171) 179.

¹⁸⁶¹ Zie de Franse auteur A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, 2001, 48.

¹⁸⁶² Zie in die zin L. CORNELIS, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *RW* 1988-89, (1381) 1382; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 78 en 85; R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 252; M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf & onrechtmatige mededinging*, I, 1962, 120 e.v.; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76-77. Zie tevens M. BOLLEN, “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder met betrekking tot een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, (136) 140; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2004, 2003-2004, (433) 459-460. Zie tevens op meer impliciete wijze E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1213. Voor Frankrijk: H. CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, (365) 365; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, 168 e.v.; A. ROUAST, “Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés”, *RTDC* 1944, (1) 4-5; P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, 1952, 527; P. ROUBIER, “Théorie générale de l’action en concurrence déloyale”, *RTDC* 1948, (541) 583. Voor Nederland, zie in dezelfde zin S. GERBRANDY, “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *Advocatenblad* 1959, (325) 335-336.

b. Classificatie van rechten in subjectieve zin

614. *Inleidend* – Om het toepassingsgebied van de theorie inzake rechtsmisbruik af te bakenen, hebben verschillende auteurs de subjectieve rechten geclassificeerd.¹⁸⁶³ In de opeenvolgende classificatiesystemen is een evolutie merkbaar die verband houdt met de toepasbaarheid van de theorie inzake rechtsmisbruik op algemene vrijheden. Als vertrekpunt wordt de oude classificatie door VAN GERVEN gehanteerd, die door STIJNS werd gevolgd en verfijnd. Het onderscheid dat in deze classificatie tussen de verschillende subjectieve rechten wordt gemaakt, is gebaseerd op de specifieke kenmerken van elk van de rechten en is zeer gedetailleerd.

i. Oude classificatie VAN GERVEN

615. *Subjectieve rechten sensu stricto versus bevoegdheden* – VAN GERVEN definieert een *subjectief recht* als een door het objectieve recht aan een bepaald individu toegekende heerschappij tot bevrediging van behoeften.¹⁸⁶⁴ Onmiddellijk wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen (i) subjectieve rechten *sensu stricto*, die aan de titularis een heerschappij over een goed, over de eigen persoon of over een prestatie van een ander toekent en (ii) bevoegdheden die het rechtssubject de bevoegdheid geven om te handelen over zijn eigen juridische toestand of deze van een ander.¹⁸⁶⁵

616. *Bevoegdheden* – Deze bevoegdheden – gecreëerd door de partijen zelf of toegekend door de wet – stellen de titularis ervan in staat om via een eenzijdige handeling de eigen of andermans rechtssfeer te beïnvloeden door de creatie, uitdoving of wijziging van subjectieve rechten (*sensu stricto*) of andere bevoegdheden. Wanneer deze bevoegdheid andermans rechtstoestand beïnvloedt, ontstaat een gezagspositie ten aanzien van de personen die deze bevoegdheid ondergaan, aangezien deze zich gebonden zien door de eenzijdige handelingen. Als voorbeeld van dergelijke bevoegdheden die veelal specifiek zijn, kan verwezen worden naar de bevoegdheid tot bevestiging van een nietige rechtshandeling en naar de bevoegdheid tot het stellen van een specifieke rechtshandeling in naam en voor rekening van de vertegenwoordigde. De bevoegdheden kunnen ook betrekking hebben op de eigen rechtstoestand van de titularis, in welk geval deze bevoegdheden veelal een algemene draagwijdte vertonen, bijvoorbeeld de bevoegdheid tot testen, tot contracteren, tot het stellen van rechtshandelingen of tot het procederen.¹⁸⁶⁶

¹⁸⁶³ Zie S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 36-37.

¹⁸⁶⁴ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 37; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 154. Zie ook de definitie die LEONARD uitwerkte in zijn proefschrift: “*Le droit subjectif est le pouvoir juridique spécifique reconnu par le droit objectif à son titulaire sur la chose ou la prestation qui en forme l’objet en vue de la satisfaction de ses intérêts et pour lequel il reçoit, du droit objectif, le pouvoir d’imposer son respect aux tiers au moyen, si nécessaire, d’une action en justice spécifique*” (T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 105).

¹⁸⁶⁵ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 37; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 167-168 e.v. en 179 e.v. Voor Nederland, zie uitgebreid bij P. RODENBURG, *Misbruik van bevoegdheid*, 1985, 105 p.

¹⁸⁶⁶ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 37-38. Zie ook VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 168.

In het kader van de problematiek van rechtsmisbruik wordt binnen de categorie van de *bevoegdheden* een onderscheid gemaakt tussen de *discretionaire* en de *doelgebonden* bevoegdheden. Tussenin situeert zich nog een derde *tussencategorie* van bevoegdheden.¹⁸⁶⁷

617. *Drie categorieën van bevoegdheden – Discretionaire bevoegdheden* kunnen binnen hun formele, externe grenzen op discretionaire wijze worden uitgeoefend, met name voor eender welk doel of gelijk welke reden, en dit zonder enige controlemogelijkheid door de rechter. Deze bevoegdheden zijn dan ook niet vatbaar voor misbruik.¹⁸⁶⁸ Met STIJNS moet worden aangenomen dat deze categorie steeds kleiner wordt, en dat geen enkele contractuele discretionaire bevoegdheid te onderscheiden valt.¹⁸⁶⁹

Doelgebonden bevoegdheden (bv. de ouderlijke macht verleend in het belang van de kinderen), moeten door hun titularis worden uitgeoefend met het oog op het vooropgestelde doel waarvoor de bevoegdheid werd verleend. Een titularis die een doelgebonden bevoegdheid aanwendt voor een ander doel, handelt onrechtmatig, ook al blijft hij binnen de formele grenzen van zijn bevoegdheid. Hij maakt zich schuldig aan afwending van bevoegdheid.¹⁸⁷⁰ Bepaalde contractuele rechten kunnen, in geval van duidelijke en preciese contractuele of wettelijke bepalingen, als doelgebonden bevoegdheid gekwalificeerd worden. Hierbij kan gedacht worden aan het recht tot beëindiging van een arbeidsovereenkomst.¹⁸⁷¹

Naast de discretionaire en doelgebonden bevoegdheden zijn er tot slot nog *bevoegdheden die aan te wenden zijn voor eender welk doel*, op voorwaarde dat deze eerbaar is, d.i. conform aan de sociale moraal.¹⁸⁷² Net zoals de subjectieve rechten zijn deze bevoegdheden niet discretionair of doelgebonden. Hieronder vallen vooral de zeer algemene bevoegdheden betreffende de eigen rechtssfeer (bv. de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten, goederen te verwerven en handel te drijven), alsmede de bevoegdheden die onderdeel zijn van of nauw verbonden zijn met een subjectief recht (bv. de bevoegdheid om een overeenkomst op te zeggen), de bevoegdheid van de aandeelhouder om op de algemene vergadering zijn stem uit te brengen.¹⁸⁷³

618. *Toepassingsgebied rechtsmisbruik – Discretionaire bevoegdheden* zijn niet vatbaar voor misbruik, terwijl misbruik bij doelgebonden bevoegdheden zich dan weer gemakkelijker stelt en de bijzondere vorm van afwending van bevoegdheid aanneemt. Van rechtsmisbruik kan er in beginsel enkel sprake zijn bij misbruik van subjectieve rechten *sensu stricto* alsmede bij misbruik van de

¹⁸⁶⁷ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 38; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 168-169.

¹⁸⁶⁸ R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 253; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 38; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 168-169. Voor Frankrijk: A. ROUAST, “Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés”, *RTDC* 1944, (1) 1 e.v.

¹⁸⁶⁹ S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WÉRY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 707; S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 38. Zie ook P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 213; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 171-173; A. VAN OEVELEN, “De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (art. 1184 B.W.)”, noot onder Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-88, (1471) 1472. In dezelfde zin voor Frankrijk: B. BACHELET, *L’abus en matière contractuelle*, 2004, 26 en 473 e.v.

¹⁸⁷⁰ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 38; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 169; W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2472.

¹⁸⁷¹ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 39.

¹⁸⁷² S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) SS, 39; VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 169.

¹⁸⁷³ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 169-170.

tussencategorie van bevoegdheden.¹⁸⁷⁴ Ook van algemene vrijheden, zoals de contractvrijheid, kan volgens deze classificatie van VAN GERVEN bijgevolg misbruik worden gemaakt.¹⁸⁷⁵

ii. Kritiek op classificatie VAN GERVEN

619. *Geen rechtsmisbruik in geval van algemene vrijheden* – Op bovenstaande indeling werd kritiek gegeven, in het bijzonder op de vermeende toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik op algemene vrijheden. Door de gelijkstelling van de bevoegdheden die noch discretionair noch doelgebonden zijn met de subjectieve rechten *sensu stricto*, vallen in bovenstaande classificatie ook algemene bevoegdheden onder het toepassingsgebied van de theorie inzake rechtsmisbruik. Nochtans betwisten sommige auteurs dat er sprake kan zijn van rechtsmisbruik bij toepassing van dergelijke algemene bevoegdheden, die in feite algemene vrijheden zijn. Overschrijdt de mens deze beperkingen, dan wordt volgens deze auteurs immers geen misbruik van recht begaan, doch wordt gehandeld zonder recht.¹⁸⁷⁶

iii. Verfijning classificatie VAN GERVEN

620. *Toevoeging van nauwkeurigheidsvereiste* – Door STIJS werd aan de classificatie een verfijning aangebracht, waarmee tegemoet wordt gekomen aan de bovenstaande kritiek inzake de toepassing van rechtsmisbruik op algemene vrijheden. Als bijkomende vereiste voor de toepassing van rechtsmisbruik wordt immers vooropgesteld dat de rechten en bevoegdheden voldoende afgebakend en gedefinieerd moeten zijn. Aangezien in geval van rechtsmisbruik moet worden vastgesteld dat het rechtssubject bij de uitoefening van het recht binnen de formele, externe grenzen van dat recht is gebleven, kan rechtsmisbruik enkel toepassing vinden bij rechten die voldoende afgebakend of gedefinieerd zijn.¹⁸⁷⁷

621. *Nauwkeurigheid van het ‘voorrecht’ als enige onderscheidingscriterium* – Voor de vastlegging van het toepassingsgebied van het rechtsmisbruik vertrekken GHESTIN en GOUBEAUX niet vanuit een bepaald classificatiesysteem. Wel wordt vastgesteld dat handelingen die door de wet zijn toegestaan, zeer verschillend bepaald worden.¹⁸⁷⁸ Sommige voorrechten zijn precies en duidelijk omschreven, terwijl andere vage noties inhouden met onduidelijke grenzen. Deze auteurs menen dat de theorie van het rechtsmisbruik toepassing vindt bij de voorrechten met duidelijk omschreven grenzen: “(...) *ce n’est pas tellement la nature des droits qui compte, que leur degré de précision*”.¹⁸⁷⁹

iv. Nieuwe classificatie VAN GERVEN

622. *Subjectieve rechten, bevoegdheden en vrijheden* – Inmiddels wordt door VAN GERVEN een nieuwe – weliswaar eenvoudigere – classificatie vooropgesteld. Als vertrekpunt worden de rechten in

¹⁸⁷⁴ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 169 en 179.

¹⁸⁷⁵ W. VAN GERVEN, “Variaties op het thema misbruik”, *RW* 1979-1980, (2467) 2471. In dezelfde zin, P. VAN OMMESELAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 325.

¹⁸⁷⁶ VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 179, met verwijzing naar R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 252; S. GERBRANDY, “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *Advocatenblad* 1959, (325) 325 e.v. en 363 e.v.; M. GOTZEN, *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, I, 1963, 120 e.v. Zie ook het citaat van DALCQ, *supra*, nr. 591.

¹⁸⁷⁷ S. STIJS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 39-40. In dezelfde zin, J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *RCJB* 1949, (50) 62.

¹⁸⁷⁸ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754.

¹⁸⁷⁹ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 755. In dezelfde zin, B. BACHELET, *L’abus en matière contractuelle*, 204, 35.

subjectieve zin, dit zijn rechten die aan een bepaald rechtssubject toekomen, vooropgesteld. Daarbinnen wordt een onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van rechten in subjectieve zin.

Vooreerst zijn er de *subjectieve rechten*, die aan de houder ervan een bijzondere zeggenschap verlenen over een bepaald goed (zakelijke rechten) dan wel bijzondere aanspraken verlenen ten aanzien van een andere partij (vorderingsrechten). Daarnaast onderscheidt deze auteur de *bevoegdheden*, die aan de houder ervan een bijzondere macht verlenen om in te grijpen in andermans rechtssfeer (bv. een bewinds- of vertegenwoordigingsbevoegdheid). Tot slot omvat de derde categorie de *fundamentele rechten en vrijheden*, die een ruime draagwijdte hebben. Terwijl subjectieve rechten door gewone wetgeving worden toegekend, worden vrijheden in internationale, grondwettelijke of andere basisteksten erkend. Daar waar vrijheden toekomen aan eenieder en een belangrijke beslissingsmarge inhouden, brengen subjectieve rechten een bijzondere rechtspositie met zich mee voor een bepaalde titularis.¹⁸⁸⁰ In vergelijking met de oude classificatie worden de algemene vrijheden dus uit de (tussen)categorie van bevoegdheden gehaald en als afzonderlijke categorie vermeld, hetgeen gevolgen heeft voor het toepassingsgebied van de theorie inzake rechtsmisbruik.

623. *Toepassingsgebied rechtsmisbruik* – Geen enkele categorie van rechten in subjectieve zin geeft de titularis ervan een vrijgeleide om zich jegens andere rechtssubjecten onbehoorlijk te gedragen. Zo kan de rechter het gebruik van bevoegdheden die verbonden zijn aan een bepaalde functie of aan een bepaald doel, controleren en desgevallend sanctioneren ingeval van *afwending van bevoegdheid*. De toepassing van *rechtsmisbruik* wordt daarentegen uitsluitend voorbehouden voor het verkeerd gebruik van de subjectieve rechten. Vrijheden worden bijgevolg uit het toepassingsgebied van rechtsmisbruik gesloten. Vrijheden hebben immers een ruimere draagwijdte, hetgeen evenwel niet inhoudt dat de houder deze vrijheid op een onverantwoorde of onbehoorlijke manier mag gebruiken. Het verkeerd gebruik van een vrijheid wordt aangeduid met de term *verkeerde aanwending of misaanwending van een vrijheid*.¹⁸⁸¹ De grens bestaat in de regels van de zorgvuldigheid.¹⁸⁸²

Het onderscheid tussen misbruik van recht en verkeerd gebruik van een vrijheid wordt door deze auteurs sterk benadrukt, aangezien subjectieve rechten *sensu stricto* en vrijheden duidelijk onderscheiden categorieën zijn.¹⁸⁸³ Toch moet gewaarschuwd worden voor het hanteren van de uitdrukking “*verkeerde aanwending van een vrijheid*”. Verschillende auteurs hanteren immers de bewoordingen “*verkeerd gebruik van (contract)vrijheid*” als een bijzondere toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik, terwijl VAN GERVEN juist het onderscheid tussen beide theorieën benadrukt.¹⁸⁸⁴

624. *Toepassing op contractvrijheid* – De contractvrijheid valt onder de categorie van de fundamentele vrijheden.¹⁸⁸⁵ Verkeerde aanwending van contractvrijheid vindt neerslag in de leer van de *culpa in contrahendo* en speelt ook een aanvullende rol bij de wilsgebreken. Ook de gekwalificeerde

¹⁸⁸⁰ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76, in bijzonder noot 14. Zie tevens L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 144. Deze auteur spreekt van een *vrijheid* zolang het aan een algemene en abstracte rechtsregel door een rechtssubject ontleende individuele en concrete belang niet in een specifieke rechtsverhouding met andere, welbepaalde rechtssubjecten wordt gesitueerd. Wordt die vrijheid echter in een concrete rechtsverhouding geplaatst met andere rechtssubjecten, dan ondergaat zij volgens CORNELIS de beperkingen die, algemeen en abstract, door de rechtsregels met betrekking tot die rechtsverhouding worden opgelegd.

¹⁸⁸¹ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76. Hetzelfde onderscheid tussen subjectieve rechten, bevoegdheden en vrijheden wordt gemaakt door CORNELIS. Zie L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 78 e.v.

¹⁸⁸² VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76. Zie ook R. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, 1967, 252.

¹⁸⁸³ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76, voetnoot 14. Dit in tegenstelling tot eerdere bijdragen waar deze auteur het verkeerd gebruik van contractvrijheid wel duidelijk in verband bracht met rechtsmisbruik.

¹⁸⁸⁴ Zie VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76-77.

¹⁸⁸⁵ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 71-72 en 76.

benadeling is volgens VAN GERVEN een toepassing van een verkeerde aanwending van de contractvrijheid.¹⁸⁸⁶

c. Verkeerde aanwending van contractvrijheid: geen toepassing van rechtsmisbruik

625. *Verschilpunten subjectieve rechten en vrijheden* – De nieuwe classificatie van VAN GERVEN biedt het grote voordeel een duidelijke lijn te trekken tussen subjectieve rechten en vrijheden. Ook GHESTIN en GOUBEAUX hebben op overtuigende wijze het onderscheid tussen beide categorieën van rechten in subjectieve zin aangetoond.¹⁸⁸⁷

Vrijheden worden toegekend in een *geest van gelijkheid*, in die zin dat ze in beginsel op uniforme wijze aan alle rechtssubjecten worden toegekend. De beperkingen die aan vrijheden worden opgelegd¹⁸⁸⁸, vormen de uitzondering op deze vrijheden. Deze beperkingen worden evenmin ingevoerd ten voordele van een bepaald rechtssubject, maar wel ten voordele van het algemeen belang.¹⁸⁸⁹ De totstandkoming van een juridische situatie staat in beginsel open voor alle rechtssubjecten en situeert zich binnen het domein van de vrijheden, en niet binnen deze van de subjectieve rechten.¹⁸⁹⁰ Deze gedachte wordt veruitwendigd door vrijheden als de contractvrijheid, testeevrijheid, ... De uitoefening van dergelijke vrijheden ligt ten grondslag aan het ontstaan van subjectieve rechten.¹⁸⁹¹ Subjectieve rechten onderscheiden zich van vrijheden doordat ze een *ongelijkheid* impliceren. De voorrechten van de titularis ervan beperken andermans vrijheid en niet de zijne. Door middel van een subjectief recht wordt een juridische ongelijkheid gecreëerd tussen rechtssubjecten ten voordele van een bepaald rechtssubject. Subjectieve rechten beperken dan ook de vrijheid van anderen.¹⁸⁹²

¹⁸⁸⁶ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 77.

¹⁸⁸⁷ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76, voetnoot 14: “Het is verkieslijk misbruik van recht en verkeerde aanwending van vrijheid van elkaar te onderscheiden omdat subjectieve rechten s.s. en vrijheden twee duidelijk onderscheiden categorieën van rechten s.l. zijn: vrijheden worden in internationale, grondwettelijke of andere basisteksten erkend en gewaarborgd terwijl rechten door gewone wetgeving worden toegekend; vrijheden komen eenieder toe en houden een belangrijke marge van beslissing en contractuele of andersoortige rechtsvorming in terwijl subjectieve rechten, s.s., een bijzondere rechtspositie inhouden voor een bepaalde titularis; op grond van vrijheden, bv. de contract of testeevrijheid, kunnen bijzondere subjectieve rechten in het leven worden geroepen, worden gewijzigd of beëindigd, subjectieve rechten kunnen voorzien in een zekere vrijheid maar dat is dan veeleer een (beperkte) vergunning of licentie.” Zie ook GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 149 e.v. Voor een uitgebreide bespreking van het onderscheid dat GHESTIN en GOUBEAUX maken tussen subjectieve rechten en vrijheden, zie T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 116-122.

¹⁸⁸⁸ Zo wordt verwezen naar het verbod op het uitoefenen van een commerciële activiteit door bepaalde ambtenaren. Zie de Franse auteurs GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 150.

¹⁸⁸⁹ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 150. Zie in dezelfde zin, L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 144: “Elkeen is dus op dezelfde wijze titularis van de vrijheid, naar goetvinden, ...”.

¹⁸⁹⁰ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 150, voetnoot 117. In dezelfde zin, H. CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, 371-372. *Contra*: J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 276, voor wie bijzondere vrijheden steeds een subjectief recht inhouden. LÉONARD nuanceert echter de idee dat vrijheden aan alle individuen gelijk toekomen. Het genot van vrijheden hangt af van bepaalde feitelijke, of soms juridische, omstandigheden die voor alle individuen verschillen (bv. intelligentieniveau, sociale omgeving, politiek regime). Desalniettemin hoeft het onderscheidingscriterium van GHESTIN en GOUBEAUX niet verworpen te worden, aangezien vrijheden inderdaad toegekend worden in een *geest van gelijkheid*, veeleer dan op basis van een reële gelijkheid. Zie T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 130.

¹⁸⁹¹ Zie ook VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 76-77, voetnoot 14.

¹⁸⁹² GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 150-151. Zie ook P.A. FORIERS, “Observations sur le thème de l’abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, (189) 217; T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l’opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 117.

626. *Thesis LÉONARD* – In zijn proefschrift heeft LÉONARD aangetoond dat het onderscheid tussen subjectieve rechten en (burgerlijke) vrijheden een complex onderscheid is. Het onderscheidingscriterium dat volgens deze auteur het meest overtuigt, is *le rapport à autrui*, of de tegenstelbaarheid aan derden. Daar waar eenieder de vrijheden waarvan hij titularis is, enkel kan uitoefenen met respect voor andermans vrijheden, kan de titularis van een subjectief recht aan derden opleggen om zijn recht te respecteren.¹⁸⁹³

627. *Verkeerde aanwending van vrijheid: geen toepassing van rechtsmisbruik* – Niet-gedefinieerde en onafgebakende rechten, zoals algemene vrijheden of bevoegdheden (bv. vrijheid van komen en gaan, vrijheid van handel, testeer- en contractvrijheid) zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van rechtsmisbruik. Vrijheden zijn immers algemene noties zondere preciese grenzen. De titularis ervan geniet dan ook niet van een ruime veronderstelling dat de gestelde handeling geldig is.¹⁸⁹⁴ Aangezien in geval van rechtsmisbruik moet worden vastgesteld dat het rechtssubject bij de uitoefening van het recht binnen de formele, externe grenzen van dat recht is gebleven, kan rechtsmisbruik enkel toepassing vinden bij rechten die voldoende afgebakend of gedefinieerd zijn.¹⁸⁹⁵

628. *Externe versus interne grenzen* – De wetgever of de contractpartijen hebben de uitoefening van een subjectief recht (*sensu lato*) aan bepaalde voorwaarden of grenzen onderworpen. Worden deze formele of externe grenzen overschreden, dan handelt een rechtssubject niet langer in uitoefening van dat recht en handelt hij zonder recht.¹⁸⁹⁶ Handelen zonder recht is niet noodzakelijk foutief, want dit kan gerechtvaardigd zijn door een vrijheid of een bevoegdheid. Wanneer evenwel de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden, ligt foutief handelen voor.¹⁸⁹⁷ De rechter beschikt ter zake over een volle beoordelingsbevoegdheid. Oefent het rechtssubject daarentegen zijn recht uit binnen de formele of externe grenzen van het recht, dan wordt deze uitoefening vermoed geldig te zijn, aangezien de titularis van het recht beschikt over een discretionaire bevoegdheid tot uitoefening ervan binnen de vastgelegde externe grenzen.¹⁸⁹⁸ Evenwel kan de rechtsuitoefening, ondanks de geldigheid ervan op het eerste gezicht, alsnog als ongeoorloofd worden bestempeld, met name wanneer de interne grenzen van de sociale moraal worden geschonden.¹⁸⁹⁹ Binnen de grenzen van de uitoefeningsmarge van de titularis, stellen zich immers nieuwe grenzen, die door de wetgever niet gepreciseerd werden en waarvan het respect wordt afgedwongen door de theorie inzake het verbod op rechtsmisbruik.¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹³ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 372 e.v. en 546 e.v. Zie ook I. DURANT, "La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée", in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 55.

¹⁸⁹⁴ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754.

¹⁸⁹⁵ S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 39-40. In dezelfde zin, zie de Franse auteur Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, 2000, 111 e.v. In andere zin: P. VAN OMMESELAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 325.

¹⁸⁹⁶ S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 39. Zie ook L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 82.

¹⁸⁹⁷ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, 1989, 82.

¹⁸⁹⁸ S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 39. Voor Frankrijk: GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, 2001, 49.

¹⁸⁹⁹ S. STIJNS, "Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels", *JT* 1990, (33) 39.

¹⁹⁰⁰ Zie de Franse auteurs GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754-755; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, 2001, 51. In dezelfde zin, I. DURANT, "La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée", in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 46-47.

629. *Kritiek VAN OMMESLAGHE* – VAN OMMESLAGHE bekritiseert de visie dat er geen sprake kan zijn van rechtsmisbruik in geval van vrijheden. Deze auteur benadrukt dat deze vrijheden zich noodzakelijkerwijze veruitwendigen in handelingen. Indien zo'n handeling schijnbaar in overeenstemming is met de vrijheden op basis waarvan deze gesteld word, kan deze handeling alsnog een misbruik uitmaken, indien deze schijnbare wettigheid één van de criteria van rechtsmisbruik vertoont. Deze situatie verschilt volgens VAN OMMESLAGHE niet van het gebruik van afgebakende rechten, waarvan hij meent dat geen enkele auteur duidelijk heeft gepreciseerd waarin de afbakening bij subjectieve rechten ten aanzien van vrijheden zich precies situeert.¹⁹⁰¹ Het verschil in afgrenzing tussen een subjectief recht en een vrijheid is o.i. nochtans wel te maken. Daar waar de grenzen van subjectieve rechten eigen zijn aan dat subjectieve recht, zijn vrijheden op zichzelf beschouwd onbegrensd. Hun grenzen worden, enerzijds, door de wetgever opgelegd ter realisering van het algemeen belang, en vloeien, anderzijds, voort uit de (fundamentele) rechten en vrijheden die aan anderen worden toegekend. Deze grenzen zijn dan ook niet eigen aan de vrijheid zelf, en derhalve *a priori* onbepaald.

630. *Cass. fr. 5 juli 1994* – Een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 5 juli 1994 illustreert bovenstaande zienswijze.¹⁹⁰² Een uitbaatster van een apotheek genoot van het cliënteel van twee paramedische privé-verenigingen. Vanaf 1989 gingen deze twee verenigingen zich evenwel elders bevoorraden. De uitbaatster meende dat deze onverwachte beslissing genomen was, doordat haar echtgenoot in die periode opkwam bij de gemeenteraadsverkiezingen op een concurrerende lijst van deze van de uittreedende burgemeester. Deze laatste was tevens voorzitter van beide paramedische verenigingen. De uitbaatster dagvaardde beide verenigingen wegens rechtsmisbruik en vorderde een schadevergoeding. De rechters ten gronde namen aan dat er rechtsmisbruik aanwezig was en verwijzen hiertoe naar “*la rivalité politique qui opposait le maire de la commune et le mari de cette pharmacienne*” alsmede naar hun doel die erin bestond “*soit de la ruiner, soit de l’obliger à vendre son fonds de commerce dans les pires conditions*”. Het Franse Hof van Cassatie oordeelt evenwel dat het hof van beroep geen wettige basis geeft aan zijn beslissing door niet te specificeren “*en quoi, eu égard, à la liberté fondamentale de toute personne de s’approvisionner chez un commerçant, les associations avaient commis un abus de droit*”. Aangezien geen wet of contract voorhanden is die het recht van de verenigingen regelt om niet langer te contracteren met de apotheek, betreft het een eenvoudige vrijheid en kan worden aangetoond dat de verenigingen eventueel een fout hebben begaan. Het is immers duidelijk dat de kopers beschikken over een vrijheid, en niet over een recht, om zich te bevoorraden waar en wanneer zij willen. Derhalve is het onmogelijk te gewagen van rechtsmisbruik.¹⁹⁰³

631. *Verkeerde aanwending van vrijheid: toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheid* – Zoals gesteld, beschikt de titularis van een vrijheid over geen enkel privilege of *vermoeden van geldigheid*.¹⁹⁰⁴ Vrijheden worden wel beperkt door de rechten die aan anderen worden toegekend alsmede door algemene plichten, zoals de plicht om zich redelijk en zorgvuldig te gedragen.¹⁹⁰⁵ Schending van deze rechten van anderen of van deze algemene plichten, brengen de buitencontractuele aansprakelijkheid van de titularis van de vrijheid met zich mee.¹⁹⁰⁶ DABIN drukte het kernachtig uit als volgt: “*Le prétendu abus de liberté est identique à la faute*”.¹⁹⁰⁷

¹⁹⁰¹ P. VAN OMMESLAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 325.

¹⁹⁰² Cass. fr. com. 5 juli 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, 204, n° 258.

¹⁹⁰³ Zie de Franse auteur A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, 2001, 50-51.

¹⁹⁰⁴ A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, 2001, 51.

¹⁹⁰⁵ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754.

¹⁹⁰⁶ S. STIJS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contracts et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 40. Zie ook I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté

632. *Belang van de toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid* – De toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik op het gebruik van een vrijheid dreigt de specificiteit van deze theorie te miskennen. Daardoor zouden immers alle schadelijke handelingen die de aansprakelijkheid van de titularis ervan met zich meebrengt, geacht worden gesteld te zijn in de uitoefening van een subjectief recht. Zo is de handelaar die veroordeeld wordt tot oneerlijke concurrentie, zijn recht tot onderhandelen te buiten gegaan en heeft de fietser die de aangereden voetganger dient te vergoeden, een verkeerd gebruik gemaakt van zijn recht om zich op de openbare weg te begeven.¹⁹⁰⁸ In deze visie lijkt de theorie van het rechtsmisbruik dan ook volledig gelijkgesteld te worden aan de buitencontractuele aansprakelijkheid, zoals neergelegd in de artikelen 1382-1383 B.W.¹⁹⁰⁹ Maakt men bij toepassing van de theorie van het rechtsmisbruik geen onderscheid tussen de precies afgeleide rechten en de algemene vrijheden, dan vervaagt de theorie en verliest ze ook haar bestaansreden.¹⁹¹⁰ Alle fouten zijn dan immers te herleiden tot misbruiken van algemene gedragsvrijheid, m.a.w. tot gevallen van rechtsmisbruik.¹⁹¹¹

2. Toepassing op het beginsel van contractvrijheid

a. Inleidend

633. *Drie aspecten van contractvrijheid* – Dat de contractvrijheid zelf als een vrijheid wordt beschouwd, staat vast.¹⁹¹² Zoals hierboven reeds opgemerkt, omvat het beginsel van contractvrijheid drie elementen: (i) de vrijheid om al dan niet te contracteren, (ii) de vrijheid om overeenkomsten aan te gaan met wie men wil en (iii) de vrijheid om met het akkoord van de wederpartij(en) de inhoud, de werking en de vorm van de overeenkomst te bepalen.¹⁹¹³ Het onderscheid tussen de eerste twee deelaspecten van de contractvrijheid is niet steeds even duidelijk te maken.¹⁹¹⁴

634. *Theorie DE BONDT* – Volgens DE BONDT is de contractvrijheid voor misbruik vatbaar. Het misbruik van contractvrijheid wordt volgens deze auteur door een drietal theorieën beheerst, met name (i) het misbruik van de bevoegdheid om wel te contracteren, (ii) de theorie van de onrechtmatige contractweigering als sanctionering van het misbruik van de bevoegdheid om niet te contracteren en (iii) de gekwalificeerde benadeling ter sanctionering van het misbruik van de bevoegdheid om zelf de contractinhoud te bepalen.¹⁹¹⁵ Deze drie theorieën zouden hun grondslag vinden in de theorie van het rechtsmisbruik. Het betreft immers telkens een onrechtmatigheid begaan *in* de rechtsuitoefening, en geen precontractuele fout, gemaakt *ter gelegenheid van* de uitoefening van de voorrechten verbonden aan de contractvrijheid.¹⁹¹⁶

surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 54. Voor Frankrijk, zie GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 754.

¹⁹⁰⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 277.

¹⁹⁰⁸ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 752.

¹⁹⁰⁹ S. STIJNS, “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, (33) 41. Zie ook I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 54.

¹⁹¹⁰ GHESTIN en GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 753.

¹⁹¹¹ R. KRUTHOF, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, (940), 943-944. In dezelfde zin voor Frankrijk, H. CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, (365) 375.

¹⁹¹² VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 71 e.v.

¹⁹¹³ *Supra*, nr. 30.

¹⁹¹⁴ A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 106. DE BONDT onderscheidt dan ook slechts twee deelaspecten, met name de vrijheid om al dan niet te contracteren en de vrijheid voor de partijen om de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 174.

¹⁹¹⁵ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 105 e.v.

¹⁹¹⁶ W. DE BONDT, “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, (95) 98

635. *Opzet* – Hierboven werd vastgesteld dat een verkeerde aanwending van een vrijheid niet gesanctioneerd wordt op basis van de theorie inzake rechtsmisbruik, maar wel op basis van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels. We passen deze vaststelling hierna toe op de drie aspecten van de contractvrijheid.

b. Vrijheid om wel te contracteren

636. *Misbruik van de bevoegdheid wel te contracteren* – Ter illustratie van het misbruik dat van de bevoegdheid om te contracteren kan worden gemaakt, verwijst DE BONDT naar een arrest van het Hof van Cassatie van 11 april 1958.¹⁹¹⁷ In dat arrest zou het Hof de beslissing om een overeenkomst te sluiten als rechtsmisbruik beschouwen, omdat de titularis enkel en alleen contracteerde met het inzicht een derde te benadelen.

637. *Cass. 11 april 1958* – De feiten die ten grondslag liggen aan dit arrest, kunnen als volgt worden weergegeven. Een man verkoopt kort voor zijn dood al zijn onroerende goederen via twee koopovereenkomsten. Evenwel voorzag het huwelijkscontract, dat de man samen met zijn vrouw had afgesloten, in een contractuele erfstelling ten voordele van de vrouw, met als voorwerp alle goederen die de man op het moment van zijn dood zou nalaten. Na de dood van de man vordert de vrouw op basis van deze contractuele erfstelling in hoofdde de vernietiging van de bovenvermelde koopovereenkomsten¹⁹¹⁸, en in ondergeschikte orde de toekenning van een schadevergoeding van de notarissen en van één van de kopers van de betrokken goederen. Het hof van beroep veroordeelde zowel de notaris van de tweede koopovereenkomst als de betrokken kopers tot betaling van een schadevergoeding aan de vrouw. Het hof oordeelde immers dat de koper “*s’est rendue coupable de complicité dans un acte illicite commis par le mari (...), en participant à une vente qu’elle savait être faite en haine de l’institution contractuelle consentie par le vendeur, c’est-à-dire à la seule fin de priver [la défenderesse] des bénéfices de cette institution*” en dat de betrokken notaris “*a commis une lourde faute professionnelle en prêtant, avec la même connaissance, son ministère pour la vente*”.

In de voorziening in cassatie werd gesteld dat artikel 1083 B.W. het recht verleent om ten bezwarende titel te beschikken over de goederen opgenomen in de contractuele erfstelling en dat derhalve geen ongeoorloofde handeling werd gesteld door de goederen te verkopen. Het Hof van Cassatie overweegt daarop als volgt: “*... si, suivant l’article 1083 du Code civil, l’instituant conserve le droit de disposer à titre onéreux de biens compris dans l’institution contractuelle, il ne s’ensuit pas que l’instituant ne puisse commettre un abus de ce droit, c’est-à-dire un acte illicite, notamment en aliénant ses biens, comme le constate l’arrêt attaqué, uniquement en haine de l’institution par lui irrévocablement consentie.*” De voorziening in cassatie werd op dit punt afgewezen.

Dit arrest kan o.i. niet beschouwd worden als een toepassing van het verbod op rechtsmisbruik op de situatie waar misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om wel te contracteren. De voorziening in cassatie stelt immers dat artikel 1083 B.W. aan de erfsteller het recht toekent om ten bezwarende titel te beschikken over de goederen die opgenomen zijn in de contractuele erfstelling, zonder dat dit een fout uitmaakt. Alles draait bijgevolg rond artikel 1083 B.W. waaruit – weliswaar *a contrario* – het

¹⁹¹⁷ Cass. 11 april 1958, *RCJB* 1958, 143, conclusie procureur-generaal R. HAYOIT DE TERMICOURT en noot R. DEKKERS.

¹⁹¹⁸ Het hof van beroep verklaarde de vordering tot vernietiging van de tweede koopovereenkomst, in het bijzonder gebaseerd op de *actio pauliana*, ontvankelijk en gegrond. Het Hof van Cassatie verbrak op dit punt het arrest, aangezien volgens het Hof uit de bepaling van art. 1167 B.W. voortvloeit dat de *actio pauliana* enkel kan worden ingesteld door een schuldeiser. Aangezien de contractueel erfgestelde geen schuldeiser is van de erfsteller, beschikt hij ook niet over de *actio pauliana* om, zelfs na het overlijden van de erfsteller, diens handelingen onder bezwarende titel te bestrijden. Deze uitspraak van het Hof van Cassatie werd goedgekeurd door de procureur-generaal R. HAYOIT DE TERMICOURT alsmede door de annotator DEKKERS.

recht voorvloeit voor de erfsteller om ten bezwarende titel te beschikken over de goederen. Uit deze bepaling, ook al kan deze beschouwd worden als een explicitering van het principe van contractvrijheid, kan door een rechtssubject een subjectief recht worden geput. Het subjectieve recht dat een rechtssubject put uit artikel 1083 B.W. is uiteraard vatbaar voor misbruik, met name indien de uitoefening ervan gebeurt op deloyale wijze “*en haine de l’institution contractuelle*” en “*à la seule fin de priver la défenderesse des bénéfices de cette institution*”.¹⁹¹⁹ Dit arrest vormt dan ook niet zozeer een toepassing van misbruik van contractvrijheid in de precontractuele fase, maar wel van een misbruik van een subjectief recht dat geput wordt uit artikel 1083 B.W.

638. *Derde-medeplichtigheid* – Als tweede illustratie van het misbruik van de vrijheid om te contracteren, haalt DE BONDT bepaalde gevallen aan van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk.¹⁹²⁰ Deze auteur onderscheidt binnen de rechtsfiguur van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk, fouten begaan door de derde *in* de uitoefening van diens contractvrijheid, en fouten begaan *ter gelegenheid van* de uitoefening van zijn vrijheid.¹⁹²¹

639. *Illustratie* – Een fout *in* de uitoefening van de contractvrijheid zou voorliggen, wanneer de derde-brouwer contracteert met de contractbreuk-plegende caféhouder met als bedoeling het verkoopsnet van de eerste brouwer te ontmantelen. De derde zoekt bijvoorbeeld systematisch herbergiers op waarmee de eerste brouwer alleenleveringsovereenkomsten heeft afgesloten, met het oog de verkoopsorganisatie te ontredde. Zodanig gebruik van de vrijheid van contracteren moet als een misbruik worden bestempeld. Derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk kan echter ook een fout omvatten begaan *ter gelegenheid van* de uitoefening van de contractvrijheid. De derde-brouwer zou zich bijvoorbeeld schuldig hebben kunnen maken aan misleidende en bedrieglijke handelingen, of zou de contractbreuk-plegende herbergier kunnen hebben aangespoord tot contractbreuk. Hiervoor zou aan de derde geen foutieve rechtsuitoefening als dusdanig kunnen worden verweten.¹⁹²²

Het onderscheid dat DE BONDT hier maakt met betrekking tot de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk, toont aan dat rechtsmisbruik niet zinvol kan worden toegepast bij vrijheden. Aangezien vrijheden van nature uit onbegrensd en derhalve onbepaald zijn, kan geen onderscheid worden gemaakt tussen fouten gepleegd *ter gelegenheid van* en *in* de uitoefening van die vrijheid. Zo werpt KRUTHOF o.i. terecht op dat het onduidelijk is waarom in het bovenstaande eerste voorbeeld een fout voorligt *in* de uitoefening van de contractvrijheid, terwijl het tweede voorbeeld een fout omvat *ter gelegenheid van* de contractvrijheid. In beide gevallen wordt de algemene zorgvuldigheidsplicht geschonden bij de uitoefening van de contractvrijheid.¹⁹²³

¹⁹¹⁹ Het Hof van Cassatie spreekt in dit verband ook telkens van een recht, en niet van een vrijheid. Zie Cass. 11 april 1958, *RCJB* 1958, 146. Zie ook R. DEKKERS, “De la protection de l’institué contractuel contre les aliénations à titre onéreux”, (noot onder Cass. 11 april 1958), *RCJB* 1958, (154) 156.

¹⁹²⁰ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 217 e.v.

¹⁹²¹ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 225.

¹⁹²² DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 225-226.

¹⁹²³ R. KRUTHOF, “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, (940) 945. Zie in dezelfde zin M. FONTAINE, “Les effets ‘internes’ et les effets ‘externes’ des contrats”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l’égard des tiers*, 1992, (40), 62, voetnoot 82: (“Certains ont par ailleurs rapproché la tierce complicité de l’abus de droit. Le tiers abuserait de sa liberté contractuelle en participant à la violation du contrat. (...) Il nous semble cependant que l’hypothèse de la tierce complicité constitue une situation où la liberté contractuelle prend fin, non un cas où il en est abusé. Nul n’est libre de contribuer consciemment par autrui d’une obligation contractuelle.”) en W. VAN GERVEN, *Algemeen deel*, 1987, 398, voetnoot 52.

c. *Vrijheid om niet te contracteren*

640. *Theorie van de onrechtmatige contractweigerings*¹⁹²⁴ – Centraal staat de handelswijze van diegene die de contractsluiting weigert. Als uitgangspunt wordt de vrijheid van het rechtssubject om al dan niet een contract te sluiten – en bijgevolg ook de vrijheid om een contract te sluiten met wie men wil – benadrukt.¹⁹²⁵ Dit sluit echter niet uit dat het uitoefenen van deze contractvrijheid strijdig kan zijn met de algemene zorgvuldigheidsnorm (artikel 1382 B.W.) en beschouwd kan worden als een *onrechtmatige contractweigerings*.¹⁹²⁶ Vaak wordt een onderscheid gemaakt tussen volgende hypothesen: (i) diegene die de contractsluiting weigert, heeft zich voorafgaandelijk volkomen passief gedragen, en bijgevolg geen aanbod of onderhandelingsvoorstel gelanceerd, en (ii) diegene die de contractsluiting weigert, heeft zelf een contractsluiting in het vooruitzicht gesteld, bijvoorbeeld door een aanbod te doen. Tussenin bevinden zich de situaties waarin diegene die de contractsluiting weigert, in een bijzondere relatie staat ten aanzien van de andere partij, bijvoorbeeld in een onderhandelingsfase.¹⁹²⁷ Deze laatste twee vormen van contractweigerings zullen respectievelijk beoordeeld worden aan de hand van de bindende kracht van het aanbod en de vertrouwensleer.¹⁹²⁸ Hier is vooral van belang hoe de eerste vorm van contractweigerings zal worden beoordeeld.

641. *Toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheid* – In navolging van het Franse recht¹⁹²⁹, beschouwen verschillende Belgische auteurs de onrechtmatige contractweigerings als een toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik. Het zou in het bijzonder een misbruik betreffen van de vrijheid om niet te contracteren.¹⁹³⁰ Ook de rechtspraak oordeelt vaak in deze zin.¹⁹³¹

¹⁹²⁴ Zie in dit verband de recente bijdrage van A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigerings en antidiscriminatie”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, 2008, 439-517.

¹⁹²⁵ W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 109; E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 56; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 108; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 1976, 159-160.

¹⁹²⁶ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 56; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 108-109.

¹⁹²⁷ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 56-58. Vergelijk J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter (1)”, *TBBR* 1994, (440) 441. Zie in dit verband ook E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1211; A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigerings en antidiscriminatie”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, 2008, (439) 444.

¹⁹²⁸ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 58. Zie ook J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter (2)”, *TBBR* 1995, (7) 19 e.v.

¹⁹²⁹ J. RICOT, *Le refus de contracter*, 1929, 117-126; J. MARSON, *L’abus du droit en matière de contrat*, 1935, 1-29; L. JOSSELAND, *De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits*, 1935, 1-29; P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, 1911, 120-137; L. MOREL, “Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles”, *RTDC* 1908, 239 e.v.; J. CARBONNIER, *Droit civil, IV, Les obligations*, 1972, 49 en 335-340; B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, 1972, 129. Zie tevens J. GHESTIN en G. GOUBEAUX, *Traité. Introduction générale*, 1994, 760. In andere zin: H. CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, (365) 374; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, 175-176; A. ROUAST, “Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés”, *RTDC* 1944, (1) 5.

¹⁹³⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 302; L. CAMPION, *La théorie de l’abus des droits*, 1925, 94 e.v.; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 227-228; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 1976, 160; G. VAN HECKE, “Vrijheid of dwang in het aanbod van goederen en diensten”, in X. (ed.), *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, II, 1965, 999 e.v.; P. VAN OMMESELAGHE, “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, (303) 325. Zie ook J. KUSTERS, “Discriminatie ten opzichte van allochtonen op de private huurmarkt”, in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe anti-discriminatielwet*, 2003, (543) nr. 57; J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter (1)”, *TBBR* 1994, (440) 458 e.v.; J. STUYCK, “De norm achter de regel in het mededingingsrecht”, in X., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen, Hommage aan Marcel Storme*, 1995, (83) 93; J. STUYCK, I. BUELENS en D. COUNYE, “Verkoopswaigerings en eerlijke handelsgebruiken”, *TBH* 1995, (786) 791 e.v.; B. VAN BAEVEGHEM, “De beer, zijn vel en de

Nochtans dient o.i. ook de theorie van de onrechtmatige contractweigering te worden beschouwd als een toepassing van de algemene zorgvuldigheidsnorm neergelegd in de artikelen 1382-1383 B.W., en niet zozeer als een toepassing van de theorie inzake rechtsmisbruik.¹⁹³² Het betreft immers opnieuw geen subjectief recht, maar slechts een aspect van de individuele contractvrijheid.¹⁹³³ De sanctionering van contractweigering op basis van de theorie inzake rechtsmisbruik, draagt ook het risico in zich om af te botsen op de toetsingscriteria van rechtsmisbruik.¹⁹³⁴ Contractweigering zal bijgevolg als onrechtmatig moeten worden beschouwd, indien een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden de contractsluiting niet zou hebben geweigerd, of indien het een wetsbepaling schendt (bv. de Antidiscriminatiewet).¹⁹³⁵

642. *Cass. 13 september 1991* – Met de zaak die ten grondslag ligt aan het cassatiearrest van 13 september 1991, kreeg het Hof van Cassatie een unieke kans om ter zake een uitspraak te doen.¹⁹³⁶ De feiten waren de volgende. Een tijdschrift had geweigerd om de advertentie van een fabrikant te publiceren. Voor deze weigering werden geen bijzondere redenen opgegeven. Volgens de fabrikant was er sprake van willekeurige en onrechtmatige contractweigering. Het hof van beroep te Brussel oordeelde hierover als volgt: “*dat weliswaar (...) (eiser) terecht betoogt dat ieder rechtsbekwaam persoon vrij is contracten aan te gaan, vrijheid die ook het recht om niet te contracteren impliceert; dat evenwel (...) van bedoeld recht – zoals van elk recht – geen misbruik mag worden gemaakt; dat in casu (eiser) misbruik heeft gemaakt van het recht niet te contracteren door zonder enige geldige reden te kunnen aanvoeren en met klaarblijkelijke miskennis van (verweersters) recht om reclame te voeren (...) systematisch te weigeren de litigieuze publiciteit op te nemen.*”

De fabrikant voert als eiser in cassatie aan dat “*het algemeen rechtsbeginsel dat rechtsmisbruik verbiedt, niet op vrijheden toepasselijk is*” en dat “*overeenkomstig artikel 7 van het decreet d’Allarde en de algemene beginselen inzake vrijheid van handel en nijverheid en inzake de wilsautonomie, de mogelijkheid om al dan niet te contracteren geen subjectief recht is doch een vrijheid uitmaakt*”. Het Hof van Cassatie overweegt dat in de vrijheid van handel ook de vrijheid besloten ligt om te contracteren met wie men wil. Daaruit vloeit volgens het Hof voort dat, wanneer iemand een aanbod doet om te contracteren, de geadresseerde van het aanbod niet de verplichting heeft om daarop in te gaan, behoudens indien en in zoverre een bijzondere wetsbepaling hem daartoe zou verplichten. Daaruit volgt ook volgens het Hof dat diegene die niet wenst in te gaan op het aanbod, voor zijn weigering geen

hoogste bieder: het aanbod in de vrijwillige openbare verkoop”, (noot onder Antwerpen 25 maart 2003), *TBBR* 2004, (484) 489-490; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, I, 1976, 160. Zie F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1146 en bij K. VANDERSCHOT, “De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 2006, (43) 64.

¹⁹³¹ Zie A. VAN OEVELEN en C. CAUFFMAN, “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie, onder meer inzake nutssectoren”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, 2008, (339) 450, en de referenties aldaar aangehaald in voetnoot 37; P. VAN OMMESELAGHE, “Examen de jurisprudence (1974 à 1982)”, *RCJB* 1986, (33) 156.

¹⁹³² In dezelfde zin, E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 56-58 (impliciet); K. VANDERSCHOT, “De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 2006, (43) 64. Vergelijk A. DE BOECK, “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?”, in X. (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, 2003, (413) 425.

¹⁹³³ H. CAPITANT, “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, (365) 374.

¹⁹³⁴ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1146; K. VANDERSCHOT, “De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiewet en contracten*, 2006, (43) 64.

¹⁹³⁵ J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter (1)”, *TBBR* 1994, (440) 450.

¹⁹³⁶ *Cass. 13 september 1991, Arr. Cass. 1991, 38, Pas. 1992, I, 33, RW 1991-1992, 882*, noot K. BROECKX, *TRV* 1993, 72, noot D. VAN GERVEN.

reden hoeft op te geven. Het sanctioneren van een handelaar (*in casu* de uitgever) voor de afwezigheid van een geldige motivering van zijn weigering om te contracteren, maakt volgens het hof een schending uit van artikel 7 van het decreet d'Allarde dat de vrijheid van de handel waarborgt.

Volgens sommige auteurs ging het Hof niet in op de door eiser in cassatie ontwikkelde redenering in het eerste middel, maar koos het Hof ervoor om de zaak te beslechten via de theorie van het aanbod.¹⁹³⁷ Volgens andere auteurs bevestigt het Hof, door aan te geven dat het decreet d'Allarde geschonden werd, dat de notie zelf van *burgerlijke vrijheid* werd geschonden, wat het centrale argument uitmaakt van het eerste middel.¹⁹³⁸ Met DURANT moet worden aangenomen dat: “*Viole le décret garantissant la liberté de commerce (impliquant la liberté contractuelle), le juge qui considère que commet un abus dans l'exercice de cette liberté celui qui l'exerce sans valablement motiver son refus de contracter. Or, l'un des critères régulièrement admis pour conclure à l'existence d'un abus est précisément celui de l'absence d'intérêt raisonnable, suffisant ou légitime. Sans doute peut-on donc lire l'arrêt comme signifiant que viole la notion de liberté de commerce celui qui lui applique, en faisant usage d'un critère admis, la notion d'abus de droit. Si cette lecture devait être correcte, il faudrait en conclure que la Cour de cassation a exclu du champ d'application de la théorie de l'abus de droit les libertés civiles.*”¹⁹³⁹

d. Vrijheid om contractinhoud te bepalen

643. *Misbruik van de vrijheid om contractinhoud te bepalen* – Als derde toepassing van rechtsmisbruik aangaande de contractvrijheid wijst DE BONDT op het misbruik van de bevoegdheid tot autonome inhoudsbepaling. De gekwalificeerde benadeling maakt volgens deze auteur zo'n misbruik uit. Hij leidt deze grondslag vooreerst af uit zijn vaststellingen aangaande de toepassingsvoorwaarden van de gekwalificeerde benadeling, met name (i) de marginale toetsing bij het misbruikcriterium en (ii) de grote interferentie tussen de toepassingsvoorwaarden. Daarnaast benadrukt hij dat het misbruik van de vrijheid tot autonome inhoudsbepaling mogelijk is, aangezien in geval van gekwalificeerde benadeling deze vrijheid daadwerkelijk ontbreekt.¹⁹⁴⁰

644. *Verwerping misbruik van vrijheid om contractinhoud te bepalen* – Naast onze vaststelling dat rechtsmisbruik niet toegepast kan worden bij vrijheden, doet zich bij het aspect van de vrijheid tot autonome inhoudsbepaling een bijkomende moeilijkheid voor. In tegenstelling tot de andere aspecten van contractvrijheid (vrijheid om al dan niet te contracteren en vrijheid om te contracteren met wie men wil), wordt de vrijheid tot autonome inhoudsbepaling immers door de contractpartijen *gezamenlijk* uitgeoefend. Eén contractpartij beschikt bijgevolg niet over een autonome bevoegdheid tot inhoudsbepaling. Toch kan volgens DE BONDT misbruik van dit aspect van de contractvrijheid voorliggen, wanneer gezamenlijke inhoudsbepaling net onmogelijk is door omstandigheden van inferioriteit waarin één van de contractpartijen zich bevindt.¹⁹⁴¹

Het lijkt echter tegenstrijdig om *enerzijds* te stellen dat werkelijke vrijheid tot (gezamenlijke) bepaling van de contractinhoud ontbreekt in geval van gekwalificeerde benadeling, en *anderzijds* aan

¹⁹³⁷ J.-F. ROMAIN, “La liberté de commerce et le refus de contracter”, *TBBR* 1994, (440) 458.

¹⁹³⁸ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, 2005, 776-777.

¹⁹³⁹ I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l'exercice d'une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 51-52. *In andere zin*, J.F. ROMAIN, “Solitaire ou solidaire – solitaire et solidaire dans le contrat : l'acte unilatéral et le contrat : conclusion générale”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (427) 474-475; VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, I, 2010, 70-71.

¹⁹⁴⁰ *Supra*, nrs. 604-605.

¹⁹⁴¹ *Supra*, nr. 605.

te nemen dat gekwalificeerde benadeling precies een misbruik uitmaakt van diezelfde vrijheid. Daarnaast leidt diezelfde redenering ook tot de vaststelling dat bij gekwalificeerde benadeling de contractinhoud steeds eenzijdig door de bevoordeelde partij wordt opgelegd. De eenzijdige vaststelling van de contractinhoud door de bevoordeelde partij zal vaak voorvallen bij gekwalificeerde benadeling, doch is evenwel geen toepassingsvoorwaarde van deze rechtsfiguur en is derhalve ook niet steeds met zekerheid het geval. Uit de omstandigheden van inferioriteit in hoofde van één van de contractpartijen leidt deze auteur ook af dat de zwakke contractpartij de inhoud van de overeenkomst niet mee kon bepalen. Evenwel is het misbruikvereiste bij de gekwalificeerde benadeling een afzonderlijke toepassingsvoorwaarde, die niet uit de andere voorwaarden (zoals de inferieure positie) kan worden afgeleid. In dit verband moet ook benadrukt worden dat het postulaat van de zwakke contractpartij op vandaag zelfs in het consumentenrecht niet langer als uitgangspunt wordt aanvaard.¹⁹⁴²

3. Besluit

645. *Aanwijzing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag* – De voorgaande analyse heeft aangetoond dat het verbod op rechtsmisbruik niet de geschikte grondslag uitmaakt van de gekwalificeerde benadeling. De buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (art. 1382 B.W.), als grondslag van de leer van de *culpa in contrahendo*, vormen daarentegen wel een zuivere grondslag voor de gekwalificeerde benadeling. In dit verband werd hierboven reeds gewezen op het grote parallellisme aangaande de toepassingsvoorwaarden.¹⁹⁴³ Het theoretische bezwaar dat de wetgever de vereisten voor een geldige overeenkomst uitdrukkelijk en specifiek geregeld heeft in artikel 1108 B.W. en dat de toepassing van artikel 1382 B.W. in de precontractuele fase daaraan afbreuk zou doen, kan evenmin overtuigen.¹⁹⁴⁴ De toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels leiden in beginsel immers enkel tot vergoeding van de aangerichte schade, zonder te raken aan de geldigheid van de overeenkomst.¹⁹⁴⁵

§4. Voorlopig besluit

646. *Mogelijke grondslagen* – Rechtspraak en rechtsleer hebben verscheidene mogelijke grondslagen voor de gekwalificeerde benadeling aangereikt, in het bijzonder de theorie inzake de (on)geoorloofde oorzaak, het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* en de leer inzake de *culpa in contrahendo*. Hierboven werd aangetoond dat, noch de theorie inzake de (on)geoorloofde oorzaak, noch het beginsel *fraus omnia corrumpit* als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling kunnen worden weerhouden.

647. *Leer inzake de culpa in contrahendo: grondslag van de gekwalificeerde benadeling* – De leer inzake de *culpa in contrahendo* lijkt wel een geschikte grondslag te zijn. Bij de bestudering van deze theorie traden evenwel twee obstakels op de voorgrond. *Enerzijds* bestaat geen eensgezindheid over de grondslag van deze leer. Zowel de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels van artikel 1382-1383 B.W. als het goede trouw-vereiste worden als fundamente van de theorie inzake de *culpa in contrahendo* aangereikt. Met de meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer hebben wij geargumenteed dat de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels het meest overtuigen als grondslag.

¹⁹⁴² *Supra*, nrs. 78-79.

¹⁹⁴³ *Supra*, nr. 584.

¹⁹⁴⁴ *Supra*, nr. 586.

¹⁹⁴⁵ In dezelfde zin, A. DE BERSAQUES, “La culpa in contrahendo”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, (277) 281-282; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 194; H. GEENS, “De grondslagen van de culpa in contrahendo”, *Jura Falc.* 2003-2004, (433) 449.

Anderzijds blijken niet alle auteurs voor de precontractuele fase een uniform foutbegrip te hanteren. Zo maken sommigen een onderscheid tussen fouten die een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht uitmaken, en fouten die een schending inhouden van het verbod op rechtsmisbruik. Daarmee kwam een nieuwe mogelijke grondslag van de gekwalificeerde benadeling in het vizier, met name het verbod op rechtsmisbruik. We hebben evenwel aangetoond dat de theorie inzake rechtsmisbruik enkel toegepast kan worden op rechten, en niet op (onafgebakende) vrijheden. Daarmee werd het dualistische foutbegrip in de precontractuele fase afgewezen, en wordt het verbod op rechtsmisbruik als grondslag van de gekwalificeerde benadeling verworpen.

648. *Vervolg van het onderzoek* – De leer inzake de *culpa in contrahendo*, gesanctioneerd op basis van de artikelen 1382-1383 B.W., maakt de aangewezen grondslag uit voor de gekwalificeerde benadeling. Bij toepassing van deze rechtsfiguur ligt immers een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm in de precontractuele fase voor. In de volgende afdeling werken we dit uit door de toepassingsvoorwaarden en de sanctionering van de gekwalificeerde benadeling verder uit te diepen vanuit het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime.

AFDELING IV. UITWERKING VAN EIGEN THEORIEVORMING: GEKWALIFICEERDE BENADELING ALS TOEPASSING VAN DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEIDSREGELS

649. *Inleidend* – Overeenkomstig artikel 1382 B.W. verplicht elke daad van de mens waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, diegene door wiens schuld de schade is ontstaan om deze te vergoeden. Artikel 1383 B.W. verduidelijkt dat niet enkel de schade veroorzaakt door een daad, maar ook de schade die door nalatigheid of onvoorzichtigheid werd veroorzaakt, tot vergoeding aanleiding geeft. Aangezien artikel 1383 B.W. beschouwd wordt als een (overbodige) verduidelijking van artikel 1382 B.W.,¹⁹⁴⁶ beperken we ons hierna tot deze laatste bepaling. Voor de toepassing van artikel 1382 B.W. worden traditioneel drie bestanddelen vereist: een fout, een schade en een oorzakelijk verband tussen fout en schade.¹⁹⁴⁷ We bespreken hierna elk van deze drie componenten in het licht van de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.

§1. De fout: misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit

A. Foutvereiste overeenkomstig artikel 1382 B.W.

650. *Algemeen* – Het foutvereiste in het kader van artikel 1382 B.W. veronderstelt, enerzijds, de aanwezigheid van een onrechtmatig handelen en, anderzijds, schuldbekwaamheid en toerekenbaarheid in hoofde van de dader.¹⁹⁴⁸ CORNELIS voegt daaraan nog een derde aspect toe, met name de voorzienbaarheid van de schade.¹⁹⁴⁹ De meerderheid van de auteurs beschouwt de voorzienbaarheid van de schade evenwel als een onderdeel van het onderzoek naar de aanwezigheid van een onrechtmatig handelen.¹⁹⁵⁰ Aangezien het vereiste van de schuldbekwaamheid en de toerekenbaarheid in het kader van de gekwalificeerde benadeling geen bijzonderheden vertoont, gaan we op deze elementen niet nader in. We belichten hierna enkel het vereiste van het onrechtmatig handelen, in het bijzonder de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm en de beoordeling ervan.

651. *Schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm* – Door DABIN en LAGASSE werd treffend omschreven wat als een fout moet worden begrepen: “*Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements (droit pénal, droit civil, droit administratif ...), - édictant une obligation, déterminée ou indéterminée, - soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs: loyauté, bienséance, sangfroid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, le tout selon le critère de l’homme normal de l’époque, du milieu, de la région.*”¹⁹⁵¹

¹⁹⁴⁶ Zie o.m. L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 19.

¹⁹⁴⁷ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 932.

¹⁹⁴⁸ B. DUBUISSON, “Libres propos sur la faute acquilienne”, in X., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, (125) 129 e.v.; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1558; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 363.

¹⁹⁴⁹ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 21 e.v.

¹⁹⁵⁰ *Infra*, nr. 652.

¹⁹⁵¹ J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *RCJB* 1949, (50) 57. Aangehaald door R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile 1: Les causes de responsabilité*, 1967, 167; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 197; G. SCHAMPS, “La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité”, *Rev. dr. pén.* 1994, (375) 377; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 126.

Naast de schending van een wetsbepaling, d.i. een norm die een bepaalde gedragsregel bevat (hetzij een gebod, hetzij een verbod)¹⁹⁵², vormt bijgevolg ook de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm een onrechtmatige handeling in de zin van artikel 1382 B.W. Onder een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt begrepen “*iedere inbreuk op het beginsel dat eenieder zich in het maatschappelijk verkeer dient te gedragen zoals verwacht mag worden van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon*”.¹⁹⁵³ De algemene zorgvuldigheidsnorm verwijst dan ook naar het gedrag van de normaal zorgvuldige en vooruitziende persoon, d.i. de goede huisvader of de *bonus pater familias*, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de aangesprokene.¹⁹⁵⁴

652. *Vooruitziend en zorgvuldig handelen* – Wanneer een gedraging getoetst wordt aan de algemene zorgvuldigheidsnorm, wordt in het bijzonder nagegaan of door de betrokkene zorgvuldig en vooruitziend gehandeld werd, zoals een normaal persoon in dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben. *Vooruitziend handelen* houdt in dat in alle redelijkheid getracht wordt om de nadelige gevolgen van zijn handelen in te beelden of te voorzien. *Zorgvuldig handelen* betekent dat men probeert om de nadelige gevolgen van zijn handelen te voorkomen door gepaste voorzorgsmaatregelen te nemen.¹⁹⁵⁵ De redelijke voorzienbaarheid van de schade, en dus niet het feitelijk voorzien, is in deze zin dan ook een belangrijk element voor de vaststelling van het onrechtmatig karakter van de handeling.¹⁹⁵⁶ De voorzienbaarheid van de schade duidt enkel op het ontstaan ervan, niet op de omvang.¹⁹⁵⁷ De vergelijking met een *normaal* persoon houdt in dat niet vergeleken moet worden met een supermens, maar met de gemiddelde normale mens, met onvolmaaktheden en beperkingen, die eigen zijn aan de menselijke hoedanigheid.¹⁹⁵⁸

653. *Abstract criterium geconcretiseerd* – Het criterium van de normaal zorgvuldige en vooruitziende persoon geeft aanleiding tot een abstracte beoordeling van het (onrechtmatige) handelen.¹⁹⁵⁹ Het Hof van Cassatie benadrukt evenwel dat de kwestieuze handeling vergeleken moet worden met het handelen van een normaal zorgvuldig en voorziend persoon *die zich in dezelfde*

¹⁹⁵² Cass. 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 94. Zie hierover T. VANSWEEVELT en B.WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 137-139.

¹⁹⁵³ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 364. Zie ook H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1592.

¹⁹⁵⁴ Zie o.m. Cass. 25 oktober 2004, *NjW* 2004, 1316, noot I. BOONE; Cass. 5 juni 2003, *JLMB* 2004, 543, noot D. PHILIPPE; Cass. 26 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, 343; Cass. 8 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1074; L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 34; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile 1: Les causes de responsabilité*, 1967, 166; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 197; B. DUBUISSON, “Libres propos sur la faute acquilienne”, in X., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, (125) 129; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 367; T. VANSWEEVELT en B.WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 127; L. WYNANT, “Recente tendensen inzake onrechtmatige daad: de aansprakelijkheid voor eigen daad”, in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2000-2001, (79) 87-88.

¹⁹⁵⁵ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 367; T. VANSWEEVELT en B.WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 127.

¹⁹⁵⁶ R.O. DALCQ en G. SCHAMPS, “Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *RCJB* 1995, (525) 536; I. DURANT, “Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2010, (53) 87; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1594 e.v.; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 367. Zie ook G. SCHAMPS, “La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité”, *Rev. dr. pén.* 1994, (375) 378-379.

¹⁹⁵⁷ Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 308; Cass. 5 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 869;

¹⁹⁵⁸ G. SCHAMPS, “La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité”, *Rev. dr. pén.* 1994, (375) 381.

¹⁹⁵⁹ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1606-1607; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, 1983, 15; T. VANSWEEVELT en B.WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 127.

*omstandigheden bevindt.*¹⁹⁶⁰ Bijgevolg dient het abstracte criterium te worden geconcretiseerd. Externe omstandigheden, zoals o.m. tijd en plaats, maar ook maatschappelijke status, opleiding en professionele kennis van de dader, worden in rekening gebracht bij deze concretisering. Bij de beoordeling wordt rekening gehouden met de beroepscategorie van de aangesprokene en zijn handeling wordt dan ook vergeleken met deze van een normaal vooruitziend en voorzichtig beroepsbeoefenaar van dezelfde categorie.¹⁹⁶¹ Interne omstandigheden (bv. karaktertrekken van de dader), worden niet in rekening gebracht bij de beoordeling.¹⁹⁶²

654. *Aard van de tekortkoming* – Een eerste onderscheid wordt gemaakt al naar gelang de tekortkoming een foutief handelen (delictuele fout) dan wel een schuldige nalatigheid (quasi-delictuele fout) betreft. Ook volgens de ernst van de tekortkoming wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen verschillende fouten. Zo onderscheidt men de lichte (al dan niet gebruikelijke) fout, de zware fout en de opzettelijke fout.¹⁹⁶³ Iedere inbreuk op de algemene zorgvuldigheidsnorm is een fout, zelfs de lichtste inbreuk.¹⁹⁶⁴ Aangenomen wordt dat de ernst van de tekortkoming geen invloed heeft op het bestaan van de aansprakelijkheid in hoofde van de dader.¹⁹⁶⁵

655. *Bewijslast* – Overeenkomstig de artikelen 1315 B.W. en 870 Ger. W. dient de schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht bewezen te worden door het slachtoffer.¹⁹⁶⁶ Aangezien de fout een rechtsfeit uitmaakt, kan het slachtoffer hiertoe een beroep doen op alle bewijsmiddelen.¹⁹⁶⁷ Schending van de zorgvuldigheidsnorm kan door de rechter ook worden aangenomen op grond van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens (artikel 1353 B.W.).¹⁹⁶⁸

¹⁹⁶⁰ Cass. 30 april 1976, Arr. Cass. 1976, 980. Zie VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 368; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 128.

¹⁹⁶¹ R.O. DALCQ en G. SCHAMPS, “Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *RCJB* 1995, (525) 540; DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 197; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 944; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1608; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 368.

¹⁹⁶² R.O. DALCQ en G. SCHAMPS, “Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *RCJB* 1995, (525) 538; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 943; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1608-1609; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, 1983, 21; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 368; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 128 e.v.

¹⁹⁶³ CORNELIS maakt nog een bijkomend onderscheid tussen de *opzettelijke* fout en de *bedrieglijke* fout. De opzettelijke fout (*faute intentionnelle*) is de opzettelijke miskennis, hetzij van een wetbepaling waardoor een welbepaald gedrag wordt opgelegd, hetzij van een algemene zorgvuldigheidsnorm. Het opzet wordt derhalve in verband gebracht met het foutvereiste. De bedrieglijke fout (*faute dolosive of frauduleuse*) houdt in dat gehandeld wordt met de bedoeling aan een ander rechtssubject schade te berokkenen. Het bedrieglijke aspect heeft hier veeleer betrekking op het schadevereiste. Zie L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 170.

¹⁹⁶⁴ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 159-160; R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile I: Les causes de responsabilité*, 1967, 169. *Contra*: H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978”, *TPR* 1980, (1139) 1159-1161. Zie ook H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1646.

¹⁹⁶⁵ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile I: Les causes de responsabilité*, 1967, 174; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 945.

¹⁹⁶⁶ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 46; J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1939 à 1948) La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *RCJB* 1949, (50) 56; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 944; R. VANDEPUTTE, *Het aquiliaans foutbegrip*, 1983, 88-89.

¹⁹⁶⁷ L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, 1989, 46-47.

¹⁹⁶⁸ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 369.

B. Misbruik van omstandigheden als schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht

1. Criterium: referentiegedrag van de goede huisvader

656. *Misbruikvereiste. Invulling in de rechtsleer* – Het foutvereiste bij gekwalificeerde benadeling wordt veelal omschreven als het misbruik maken van de inferioriteit van de medecontractant om voor zichzelf buitensporige voordelen te bedingen. Over de concrete invulling van dit misbruikvereiste bestaan verschillende opvattingen in de doctrine. Een *eerste strekking* stelt het misbruik afhankelijk van een actief gebruik van de inferioriteit – in de vorm van een nalaten of een handelen – met het opzet de inferioriteit van de medecontractant te benutten. Een *tweede strekking* neemt genoegen met het passief gebruik van de inferioriteit, waarmee bedoeld wordt op het handelen met de daadwerkelijke kennis van de inferieure positie van de medecontractant, van de benadeling alsmede van het oorzakelijk verband tussen beide. *DE BONDT* houdt het midden tussen beide stellingen en hanteert een open criterium voor het misbruikvereiste. Misbruikt volgens deze auteur zijn superieure positie, hij die zijn machtspositie benut op een wijze waarop een redelijk contractant, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de superieure, kennelijk zijn machtspositie niet zou misbruiken.¹⁹⁶⁹

657. *Misbruikvereiste. Invulling in de rechtspraak* – Uit bovenstaande kroniek van de rechtspraak inzake gekwalificeerde benadeling¹⁹⁷⁰ blijkt duidelijk dat de toepassing van het misbruikvereiste in de praktijk een aantal problemen doet rijzen. Zo wordt het misbruikvereiste vaak afgeleid uit de aanwezigheid van de andere voorwaarden voor de gekwalificeerde benadeling, met name uit de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit en/of uit de bedongen buitensporige voordelen. In andere vonnissen en arresten wordt benadrukt dat het misbruikvereiste een afzonderlijk te bewijzen toepassingsvoorwaarde is. Aangezien er voor het misbruikvereiste geen eenduidig criterium werd ontwikkeld, slaagt de eisende partij er niet vaak in om het misbruik als zelfstandige toepassingsvoorwaarde te bewijzen.¹⁹⁷¹

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 29 april 1993 geen duidelijkheid gebracht aangaande het misbruikvereiste. Het Hof oordeelde er immers enkel dat het hof van beroep, in antwoord op de conclusies van eiser en op een overweging van de eerste rechter, op overbodige wijze de hypothese van een actief manoeuvre in hoofde van verweerster bestudeerde. Nochtans lijkt het onderzoek naar een actieve handeling of manoeuvre door het hof van beroep een te restrictieve toepassing van het misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling in te houden.¹⁹⁷²

658. *Misbruikvereiste. Referentiegedrag van de goede huisvader* – Uit de doctrine en de rechtspraak blijkt dat geen vast criterium wordt gehanteerd ter invulling van het misbruikvereiste. Nochtans wordt het misbruikvereiste wel als een afzonderlijke toepassingsvoorwaarde voor de gekwalificeerde benadeling vooropgesteld. In het dagdagelijkse taalgebruik betekent misbruik niets anders dan *een verkeerd, slecht gebruik*.¹⁹⁷³ Juridisch vertaald, houdt misbruik dan ook een *foutief gebruik* in. Aangezien de gekwalificeerde benadeling een toepassing vormt van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, dient het criterium van de *bonus pater familias* te worden gehanteerd. Het benutten van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit zal een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm inhouden, indien een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in

¹⁹⁶⁹ *Supra*, nr. 414.

¹⁹⁷⁰ *Supra*, nr. 331-362.

¹⁹⁷¹ *Supra*, nrs. 363-364.

¹⁹⁷² *Supra*, nr. 376.

¹⁹⁷³ Zie VAN DALE Groot Woordenboek van de Nederlandse taal, 2005.

dezelfde externe omstandigheden, deze omstandigheden niet zou hebben benut om een voor de medecontractant nadelig contract te bedingen. Of er dus sprake is van een *foutief* gebruik van de desbetreffende omstandigheden, moet aldus beantwoord worden aan de hand van het referentiegedrag van de *bonus pater familias* die zich in dezelfde concrete omstandigheden bevindt als de bevoordeelde.

659. *Misbruikvereiste als zelfstandige voorwaarde* – Het bovenstaande criterium bevestigt de idee dat het misbruik van omstandigheden niet afgeleid kan worden uit het bestaan van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit en/of uit het voorliggen van een nadelige overeenkomst. Het afsluiten van een voor de medecontractant nadelige overeenkomst, terwijl deze medecontractant zich in een inferieure positie bevindt, wijst op zichzelf niet op een foutief gebruik van de omstandigheden.

660. *Hoge Raad 29 april 1971*¹⁹⁷⁴ – Ook de Nederlandse Hoge Raad benadrukte in het Weduwepensioenarrest dat het bedingen van bepaalde voordelen door een partij die zich in een sterke positie bevindt, niet noodzakelijk een onredelijke gedraging inhoudt. De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, kunnen als volgt worden weergegeven. In 1941 huwde X – eiseres in cassatie – met Y, met wie zij reeds sinds 1933 samenleefde. Na drie jaar huwelijk ging het koppel uiteen en ging Y samenwonen met Z, verweerster in cassatie. Y en Z drongen er bij X op aan dat deze een vordering tot echtscheiding tegen Y zou instellen. Uiteindelijk werd in 1948 tussen de drie partijen een overeenkomst gesloten. Daarin werd overeengekomen dat (i) Y aan X tijdens de duur van zijn leven een alimentatie zou betalen ten bedrage van f 120,- per maand en dat (ii) Z “indien zij te eniger tijd door het overlijden van Y in het genot mocht komen van een pensioen voortspruitende uit een bestaanhebbende dienstbetrekking van Y, 50 percent van dit pensioen aan X zal uitkeren zulks met een maximum van f 120,- per maand”. Nadat de echtscheiding was uitgesproken, betaalde Y op regelmatige basis de overeengekomen alimentatie. In 1969 overleed Y. Ingevolge dit overlijden ontving Z een weduwepensioen ten bedrage van f 500,- per maand. Z weigerde evenwel enige betaling te doen aan X.

In kort geding werd Z door de voorzitter van de rechtbank te Amsterdam veroordeeld tot betaling van f 120,- per maand aan X. In hoger beroep werd X evenwel in het ongelijk gesteld. Het hof oordeelde dat X, door “het haar op zich toekomende recht om een vordering tot echtscheiding tegen Y in te stellen, te bezigen als hefboom ter verkrijging van alimentatie-aanspraken tegenover Z op wie zonder dien de verplichting tot betaling van alimentatie aan X uit geen hoofde zou rusten”, in strijd met de goede zeden heeft gehandeld. De Hoge Raad vernietigde evenwel dit arrest van het hof en overwoog daarbij als volgt: “dat immers de wet aan de echtgenoot die recht heeft om echtscheiding te vorderen, de keus laat om al dan niet van dit recht gebruik te maken, en het deze echtgenoot niet onder alle omstandigheden euvel kan worden geduid, dat hij van deze positie gebruik maakt door in geval de wederpartij echtscheiding wenst, zijn bereidheid om daaraan door het instellen van een vordering mede te werken van bepaalde, door de wederpartij of door een derde te vervullen voorwaarden afhankelijk te stellen; dat de sterke positie waarin de echtgenoot die recht heeft echtscheiding te vorderen, aldus door de wet is geplaatst, ertoe kan leiden dat deze echtgenoot van de wederpartij of van derden voordelen bedingt, waarop hij in redelijkheid geen aanspraak kan maken; dat in zodanig geval de door de wederpartij of door een derde aangegane overeenkomst door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen en derhalve in strijd moet worden geacht met de goede zeden; dat het evenwel ook mogelijk is, dat de echtgenoot door bepaalde voordelen te bedingen niet onredelijk handelt, en in dat geval de

¹⁹⁷⁴ HR 29 april 1971, NJ 1972, 336, AA 1971, 504, noot G.

overeenkomst rechtsgeldig is” (eigen onderlijning). De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof van beroep, aangezien daarin geen rekening werd gehouden met deze laatstgenoemde mogelijkheid.

661. *Beoordeling in concreto* – Of daadwerkelijk een fout voorligt in hoofde van de beoordeelde partij, zal duidelijk moeten worden aan de hand van een nauwkeurige analyse van de concrete feiten, waarbij o.m. rekening kan worden gehouden met de aard van het contract, de hoedanigheid van de partijen, ... Ook de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit en/of het voorliggen van een nadelige overeenkomst kunnen in rekening worden gebracht bij deze beoordeling van het misbruikvereiste.

662. *Hoge Raad 9 januari 2004*¹⁹⁷⁵ – Dat alle feitelijke elementen, waaronder ook de inferieure omstandigheden en de benadeling, in samenhang moeten worden bestudeerd bij de beoordeling van misbruik van omstandigheden, blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Een 82-jarige man verkoopt in augustus 1998 aan zijn neef en diens vrouw een loods met bijhorend erf met een grootte van ongeveer 10 aren voor f 20.000,-. De loods met ondergrond en erf maken op het ogenblik van de verkoop deel uit van een groter perceel grond waarop zich ook de woning bevindt waar de verkoper samen met zijn zus leeft. Ten gevolge van de verkoop wordt het perceel gesplitst. Twee maanden vóór de verkoop werd de loods in opdracht van de neef geschat door een makelaar. De vrije verkoopwaarde van de loods bedraagt volgens het rapport van de makelaar f 20.000,-. In juni 1999 wordt de verkoper in een verpleegtehuis opgenomen waar hij enkele maanden nadien overlijdt. Zijn zus is zijn enige erfgenaam. Enkele maanden later wordt de zus van de verkoper onder bewind gesteld en wordt een bewindvoerder benoemd. In januari 2000 wordt de loods opnieuw door een makelaar geschat. De vrije verkoopwaarde wordt nu bepaald op f 175.000,-, uitgaand van de vaststelling dat het bouwgrond betreft. Tevens komt vast te staan dat de zus van de verkoper reeds sedert 1997 onder behandeling stond wegens depressies en dat bij de verkoper zelf de diagnose Alzheimer was vastgesteld. Daarnaast blijkt dat het initiatief tot verkoop uitging van de kopers en dat de loods ook op hun initiatief getaxeerd werd als een in gebruik zijnde schuur, in plaats van als bouwgrond. De bewindvoerder argumenteert dat de kopers zich in een vertrouwenspositie bevonden ten aanzien van de verkoper. Op basis van misbruik van omstandigheden vordert de bewindvoerder de vernietiging van de koopovereenkomst, en subsidiair, de vergoeding door de kopers van alle geleden schade.

Bij arrest van 28 mei 2002 heeft het hof van beroep de vorderingen van de bewindvoerder afgewezen. Het hof overwoog dat niet kan worden vastgesteld of de verkoper daadwerkelijk de ziekte van Alzheimer had, en zo ja, in hoeverre hij daardoor door personen die met hem een vertrouwensband hadden, bewogen kon worden tot verkoop van het genoemde perceel tegen een prijs beneden de marktwaarde, zonder dat de koper dat ook daadwerkelijk wilde. Tevens oordeelt het hof dat uit het feit dat de verkoopprijs ver beneden de marktprijs ligt, niet kan worden afgeleid dat de verkoper zich in een zodanige geestestoestand bevond op het ogenblik van de contractsluiting dat er sprake is van een *bijzondere omstandigheid* in de zin van artikel 3:44, lid 4 B.W. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof van beroep, overwegende dat “*in een geval als het onderhavige (ligt) het oordeel dat de rol die (kopers) hebben gespeeld bij de totstandkoming van de koopovereenkomst, als misbruik van omstandigheden moet worden aangemerkt, zozeer voor de hand, dat het andersluidende oordeel van het hof aan hoge motiveringseisen dient te voldoen om begrijpelijk te zijn. Aan deze eisen voldoet het onderhavige arrest niet, omdat het hof niet alle hiervoor (...) aangehaalde omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang heeft gezien, zoals het had behoren te doen, maar deze*

¹⁹⁷⁵ HR 9 januari 2004, NJ 2004, 1137, nr. 140-141, concl. P-G HARTKAMP. Zie tevens H.B. KRANS, “Misbruik van omstandigheden. HR 9 januari 2004”, *NbBW* 2004, 50-53.

telkens op zichzelf heeft beoordeeld, zonder verband te leggen met de overige ter zake dienende omstandigheden van het geval”.

2. Bijkomende aandachtspunten

663. *Algemeen* – Met het referentiegedrag van de *bonus pater familias* kan aldus worden vastgesteld of er op foutieve wijze gebruik werd gemaakt van bepaalde omstandigheden van inferioriteit of superioriteit waarin één van de contractpartijen zich ten aanzien van de andere bevond. We richten onze aandacht hierbij op een aantal toetsstenen die voor de rechtspraak van belang zijn bij de vergelijking van de houding van de bevoordeelde partij met deze van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in dezelfde omstandigheden.

664. *Omstandigheden van inferioriteit of superioriteit* – De gedraging van de bevoordeelde partij wordt vergeleken met het gedrag van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden. Dit houdt concreet in dat de gedraging van de beklaagde vergeleken wordt met de gedraging van een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon die zich in dezelfde verhouding van inferioriteit of superioriteit bevindt ten aanzien van diens medecontractant.

Over de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit kunnen we kort zijn, aangezien dit een feitenkwestie betreft. O.i. kan geen limitatieve opsomming worden gegeven van deze omstandigheden.¹⁹⁷⁶ Een classificatie van deze omstandigheden lijkt ons evenmin zinvol, aangezien daaraan geen rechtsgevolgen verbonden kunnen worden en vaak ook verschillende aspecten (uit verschillende categorieën) van inferioriteit aanwezig zullen zijn.¹⁹⁷⁷ Wel moet benadrukt worden dat deze omstandigheden zowel kunnen voortvloeien uit de persoon van de benadeelde (bv. persoonlijke fysieke of psychische omstandigheden), uit de feitelijke omstandigheden van het geval (bv. een noodtoestand waarin de benadeelde partij zich bevindt) alsook uit de economische en functionele omstandigheden gekoppeld aan de contractuele verhouding tussen partijen (bv. economische machtspositie). Op basis van onze bevindingen uit het Franse, Nederlandse en Duitse recht¹⁹⁷⁸, pleiten we in ieder geval voor een ruimere toepassing in de Belgische rechtspraak, waardoor in het kader van de gekwalificeerde benadeling meer belang wordt gehecht aan economische en functionele omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit.¹⁹⁷⁹

665. *Kennis van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit* – Ook al vormt de kennis van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit in hoofde van de bevoordeelde partij geen afzonderlijke toepassingsvoorwaarde voor de gekwalificeerde benadeling, toch neemt een groot deel van de rechtspraak en rechtsleer terecht aan dat dit kennisvereiste vervat ligt in het vereiste van misbruik. In het begrip *misbruik* zou derhalve besloten liggen dat men zich bewust is van de inferieure of superieure omstandigheden.¹⁹⁸⁰ Het foutvereiste bij gekwalificeerde benadeling bestaat immers uit een foutief gebruik van deze omstandigheden, hetgeen impliceert dat de beklaagde kennis had van die omstandigheden, minstens dat hij er kennis moest van hebben gehad. Opdat de bevoordeelde bijgevolg

¹⁹⁷⁶ Zie ook C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 198; DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 86-88.

¹⁹⁷⁷ *Supra*, nrs. 410-412.

¹⁹⁷⁸ *Supra*, nr. 484.

¹⁹⁷⁹ Zie ook *infra*, nrs. 1201-1218.

¹⁹⁸⁰ Zie DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 109; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 76-77 en 111; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 538, voetnoot 53; C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 27; N. RESIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524.

een foutief gebruik van omstandigheden verweten kan worden, is vereist dat deze bevoordeelde contractpartij kennis heeft van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit, of er behoorde kennis van te hebben. De gelijkstelling van het *behoren te weten* met het *werkelijke weten* is een toepassing van de principes van de buitencontractuele aansprakelijkheid zelf. De bevoordeelde partij behoorde op de hoogte te zijn van de omstandigheden van inferioriteit in hoofde van de wederpartij, indien een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in dezelfde omstandigheden daar kennis zou van hebben gehad.¹⁹⁸¹

666. “Weten of moeten begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling” – In het Nederlandse recht is voor de toepassing van misbruik van omstandigheden vereist dat de bevoordeelde partij wist of moest begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling. In het arrest AMEVA/VAN VENROOIJ d.d. 5 februari 1999 benadrukte de Hoge Raad o.m. dit bestanddeel van het misbruik van omstandigheden.¹⁹⁸² De feiten waren de volgende. VAN VENROOIJ werkte als chef montage bij AMEVA sinds 1990. Zijn werkgever was evenwel niet tevreden over hem: enkele functioneringsgesprekken in de loop van 1993 verliepen negatief, zijn technische kennis en vaardigheden zouden ondermaats zijn geweest en hij kon niet overweg met de technisch directeur. Op 30 november 1993 werd VAN VENROOIJ op gesprek gevraagd bij de technisch directeur waar hij nog twee andere functionarissen van het bedrijf aantrof. Hij kreeg te horen dat zijn aanwezigheid in het bedrijf niet langer gewenst was. Er werd een opzegtermijn van twee maanden aangeboden, met ingang op 1 december 1993. Hij zou tot en met januari 1994 doorbetaald worden en een bedrag ter grootte van zijn netto maandsalaris ontvangen. VAN VENROOIJ wenste over dit voorstel na te denken, maar AMEVA drong aan op onmiddellijke instemming teneinde ingewikkelde procedures met de nodige financiële verwickelingen te vermijden. Er werd tevens meegedeeld dat het resultaat voor de drie mogelijke beëindigingswijzen dezelfde zouden zijn. Er werd VAN VENROOIJ ook een brief ter ondertekening voorgehouden, teneinde zijn uitkering veilig te stellen. Hij tekende deze brief. Volgens AMEVA wist VAN VENROOIJ echter al langer dat de samenwerking beëindigd zou worden en werd zelfs met hem onderhandeld over de uit te keren vergoeding. Uiteindelijk protesteerde VAN VENROOIJ enkele dagen later de beëindiging van de overeenkomst.

De Hoge Raad bevestigde dat de rechtbank terecht als maatstaf had geformuleerd, dat er van misbruik van omstandigheden sprake is, indien (i) AMEVA wist of had moeten begrijpen dat VAN VENROOIJ door bijzondere omstandigheden (bv. afhankelijkheid of onervarenheid) bewogen werd tot het geven van zijn instemming, en (ii) zij (desalniettemin) de instemming van VAN VENROOIJ bevorderde, terwijl hetgeen zij wist of had moeten begrijpen haar daarvan had behoren te weerhouden. *In concreto* overwoog de rechtbank dat (i) VAN VENROOIJ het gesprek onvoorbereid aanving, (ii) AMEVA VAN VENROOIJ gewaarschuwd had dat een voorstel tot beëindiging van de overeenkomst zou worden gedaan en dat onmiddellijke reactie van VAN VENROOIJ zou worden gevraagd, (iii) VAN VENROOIJ geen ervaren onderhandelaar was en niet deskundig was met betrekking tot de beëindiging van een dienstverband, (iv) AMEVA zich in een overwichtspositie bevond en een onjuiste mededeling had gedaan over de uitkomst van de drie mogelijkheden tot beëindiging en (v) dat de ongelijkwaardige positie van partijen ertoe heeft geleid dat VAN VENROOIJ een voor hem nadelige beslissing heeft genomen die hij bij voor een dergelijke beslissing normaal te achten voorbereiding niet zou hebben

¹⁹⁸¹ ROMAIN stelt de situatie waarin de bevoordeelde partij op de hoogte is van de omstandigheden van inferioriteit waarin de benadeelde medecontractant zich bevindt, gelijk met de situatie waarin de bevoordeelde partij dat moest weten (*devait le connaître*), hetgeen hij echter duidelijk onderscheidt van de situatie waarin de bevoordeelde partij dit behoorde te weten (*aurait dû le connaître*). Zie J.-F. ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 360-364.

¹⁹⁸² HR 5 februari 1999, NJ 1999, 652, AA 2000, 730, noot J.M. VAN DUNNÉ.

genomen. In dit concrete geval werd misbruik van omstandigheden aanwezig geacht. Hieruit blijkt duidelijk dat het Nederlandse kennisvereiste een stuk verder gaat dan wat in het Belgische recht inzake kennis vereist wordt. Niet enkel is kennis vereist van de omstandigheden van inferioriteit waarin de medepartij zich bevindt. Vereist is tevens dat men wist of moest begrijpen dat de medepartij door deze bijzondere omstandigheden bewogen werd tot het verrichten van de rechtshandeling. Dit vereiste wordt in het Belgische recht niet gesteld.

667. *Misbruik: geen opzettelijke of bedrieglijke fout vereist* – Voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling is niet vereist dat de algemene zorgvuldigheidsnorm opzettelijk wordt miskend.¹⁹⁸³ Overeenkomstig de algemene bepalingen inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid kan iedere vorm van schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht aanleiding geven tot gekwalificeerde benadeling, op voorwaarde dat ook de andere toepassingsvoorwaarden vervuld zijn. Het volstaat dat de aangesprokene kennis had, of kennis behoorde te hebben, van de omstandigheden van inferioriteit waarin de medepartij zich bevond, en op foutieve wijze gebruik heeft gemaakt van de omstandigheden om een voor de medecontractant nadelig contract te bedingen.¹⁹⁸⁴ Een loutere nalatigheid of onzorgvuldigheid kan hiertoe volstaan. Hiermee wordt tegelijk duidelijk dat ook het louter passief gebruik van andermans inferioriteit in bepaalde gevallen als misbruik kan worden aangemerkt.¹⁹⁸⁵ *A fortiori* is voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling evenmin vereist dat de aangesprokene de bedrieglijke bedoeling had om schade te berokkenen aan de medecontractant.¹⁹⁸⁶

668. *Redelijke voorzienbaarheid van de schade* – De houding van de beklaagde moet vergeleken worden met de houding van een normaal vooruitziend persoon, d.i. iemand die in alle redelijkheid tracht om de nadelige gevolgen van zijn handelen te voorzien of in te beelden. Dit criterium impliceert dan ook dat de schade redelijkerwijze te voorzien was op het ogenblik van het misbruik. Feitelijke voorzienbaarheid van de schade wordt evenwel niet vereist.¹⁹⁸⁷ Derhalve is niet vereist dat de beklaagde daadwerkelijk kennis had of zich bewust was van de nadelige gevolgen van het contract voor zijn medecontractant. Het volstaat dat de beklaagde zich er bewust van had moeten van zijn dat het contract benadelend was voor de medecontractant. De redelijke voorzienbaarheid van de schade maakt een bestanddeel uit van de fout: de handeling is onrechtmatig, indien redelijkerwijze kon worden voorzien dat de schade een mogelijk gevolg is van die handeling.¹⁹⁸⁸

669. *Geen daadwerkelijke kennis van de schade* – DE BONDT stelt als minimumvereisten voor het misbruik voorop dat de bevoordeelde daadwerkelijk kennis heeft van de inferieure positie van de medecontractant, van het bezwarend karakter van de overeenkomst en van het oorzakelijk verband

¹⁹⁸³ C. GOUX, “L’erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons”, *TBBR* 2000, (6) 27; N. RESIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524. In andere zin, zie Rb. Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 793; J. MATTHYS en G. BAETEMAN, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen”, *TPR* 1966, (67) 135; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 360 e.v.

¹⁹⁸⁴ Zie ook Luik 28 oktober 2005, *TBBR* 2006, 398.

¹⁹⁸⁵ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 105.

¹⁹⁸⁶ Zie ook DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 76-77 en 111; E. DIRIX, “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, (522) 538, voetnoot 53; N. RESIMONT, “La lésion qualifiée”, *JT* 2007, (524) 524; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique*, 2000, 360 e.v.

¹⁹⁸⁷ Cass. 5 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 869; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 135.

¹⁹⁸⁸ Cass. 12 november 1951, *Pas.* 1952, I, 128; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 46; G. SCHAMPS, “La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité”, *Rev. dr. pén.* 1994, (375) 378-379; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 856; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 134.

tussen beide elementen. *Enerzijds* is het mogelijk dat de bevoordeelde weet dat de reden waarom zijn medecontractant een benadelend contract sluit, te vinden is in een situatie van inferioriteit. De bevoordeelde heeft aldus kennis van de omstandigheden van inferioriteit, van het feit dat het contract benadelend is en van het verband dat bestaat tussen de omstandigheid van inferioriteit en het benadelend contract. *Anderzijds* is het mogelijk dat de bevoordeelde geen weet heeft van de inferioriteit van zijn medecontractant, en bijgevolg ook het verband niet kan leggen tussen de inferioriteit en de benadeling. Nochtans zou de bevoordeelde partij volgens DE BONDT tot de bevinding moeten komen dat de benadeelde zich in een minderwaardige positie bevond, juist omdat het contract nadelig is.¹⁹⁸⁹

Voor deze analyse kan geen steun worden gevonden in het Belgische recht. Overeenkomstig de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid is niet de feitelijke of daadwerkelijke kennis van de schade relevant, wel de redelijke voorzienbaarheid van de schade. DE BONDT lijkt zich met het vereiste van kennis van een oorzakelijk verband tussen de contractsluiting en de omstandigheden van inferioriteit, te inspireren op het Nederlandse recht.¹⁹⁹⁰ Misbruik is overeenkomstig het artikel 3:44(4) N.B.W. immers aanwezig, indien de wederpartij, die wist of behoorde te weten dat de andere partij door bijzondere omstandigheden tot contractsluiting wordt bewogen, deze contractsluiting bevordert, hoewel hetgeen hij wist of behoorde te weten, hem van contractsluiting had moeten doen afzien. Daar wordt vereist dat een partij weet dat de reden, waarom zijn medecontractant tot contractsluiting overgaat, te vinden is in een element van inferioriteit. Naar Belgisch recht is het oorzakelijk verband echter niet gelegen tussen de omstandigheden van inferioriteit en het sluiten van een bezwarend contract, maar wel tussen het *misbruik* van die omstandigheden en de contractsluiting.

§2. Schade: onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties

A. Schadevereiste overeenkomstig artikel 1382 B.W.

670. *Begrip schade* – Schade bestaat in het verlies van een patrimoniaal of extrapatrimoniaal voordeel.¹⁹⁹¹ Het begrip *schade* kan verduidelijkt worden aan de hand van de vergelijking tussen de volgende twee toestanden: *enerzijds* de actuele toestand van de benadeelde zoals die door de onrechtmatige daad is veroorzaakt, en *anderzijds*, de hypothetische toestand waarin de benadeelde zou zijn gebleven of zou zijn terechtgekomen, mocht de onrechtmatige daad zich niet hebben voorgedaan.¹⁹⁹² Schade wordt in aanmerking genomen, van zodra het slachtoffer een persoonlijk rechtmatig *belang* heeft bij het behoud van een bepaald voordeel.¹⁹⁹³

¹⁹⁸⁹ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 108-109.

¹⁹⁹⁰ *Supra*, nr. 459.

¹⁹⁹¹ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 447.

¹⁹⁹² L. CORNELIS, “Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en oorzakelijk verband”, in B. TILLEMANS en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (247) 249; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 16; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 8; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 856; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 448; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 941; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, 2005, (201) 202.

¹⁹⁹³ Cass. 16 januari 1939, *Pas.* 1939, I, 25; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 22-23 en 68; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 448; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 29; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, 2005, (201) 213; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 918 e.v.

In een belangrijk arrest van 6 november 2001 werd door het Hof van Cassatie beslist dat de enkele omstandigheid dat een prestatie op vrijwillige basis wordt verricht, niet noodzakelijk verhindert dat die prestatie schade kan uitmaken in de zin van artikel 1382 B.W.¹⁹⁹⁴ Het Hof besliste eerder reeds dat het bestaan van een wettelijke, contractuele of reglementaire verplichting die wordt nagekomen naar aanleiding van een schadegeval, niet noodzakelijk verhindert dat die prestatie een schade kan uitmaken.¹⁹⁹⁵ Deze rechtspraak wordt nu doorgetrokken tot vrijwillig aangegane verbintenissen.¹⁹⁹⁶

671. *Zeker karakter* – Om voor vergoeding in aanmerking te komen, is tevens vereist dat de schade *zeker* bestaat, hetgeen inhoudt dat ze moet vaststaan en niet gesteund is op loutere veronderstellingen of gissingen.¹⁹⁹⁷ Het zekere karakter van de schade impliceert evenwel niet dat de schade actueel moet zijn. Ook toekomstige schade kan immers zeker zijn.¹⁹⁹⁸ Ook (de economische waarde van) een verloren kans kan als vergoedbare schade in aanmerking worden genomen, op voorwaarde dat het verlies van de kans vaststaat en dat er een ernstige of reële kans is dat de kans zich zou hebben verwezenlijkt.¹⁹⁹⁹

Een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen het bestaan van de schade en de begroting ervan. Als het bestaan van de schade met voldoende zekerheid vastgesteld wordt, moet zij vergoed worden, ook al brengt de begroting ervan moeilijkheden met zich mee. Een bepaalde schade kan niet als onzeker of hypothetisch worden beschouwd, alleen omwille van het feit dat de begroting ervan moeilijkheden oplevert.²⁰⁰⁰ De omvang van de schadevergoeding wordt niet beïnvloed door de zwaarte van de fout.²⁰⁰¹ Enkel de schade is de maat van de schadeloosstelling. Schade komt steeds voor vergoeding in aanmerking, hoe beperkt de omvang ervan ook is.²⁰⁰²

672. *Persoonlijk en rechtstreeks geleden schade* – Enkel de door de eiser *persoonlijk* en *rechtstreeks* geleden schade komt in aanmerking als schade. Het moet de krenking van een eigen

¹⁹⁹⁴ Cass. 6 november 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1856, *Pas.* 2002, I, 1790, beiden met concl. Proc.-gen. DU JARDIN. Zie tevens A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 943.

¹⁹⁹⁵ Zie E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 22 e.v.; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 943 en 947 e.v.; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, 2005, (201) 204.

¹⁹⁹⁶ A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 943.

¹⁹⁹⁷ Zie J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 29 en 75 e.v.; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 900; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 450; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 638. Zie tevens E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 75.

¹⁹⁹⁸ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 35 en 78 e.v.; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 450-451. Zie ook E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 76 e.v.

¹⁹⁹⁹ A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, 2005, (201) 215. Vergelijk VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 451.

²⁰⁰⁰ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 27; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 65 e.v.; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 963.

²⁰⁰¹ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 34.

²⁰⁰² E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 13 en 28. Zie tevens L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 857.

belang betreffen.²⁰⁰³ Dit vereiste hangt uiteraard nauw samen met artikel 17 Ger.W., volgens hetwelk een rechtsvordering een eigen belang veronderstelt in hoofde van de eiser.²⁰⁰⁴

673. *Soorten schade* – Verschillende soorten schade komen in aanmerking voor vergoeding. Zowel materiële schade (vermogensschade) als morele schade komen als schadepost in aanmerking.²⁰⁰⁵ In het contractenrecht omvat de schadevergoeding overeenkomstig artikel 1149 B.W. het geleden verlies en de gederfde winst. Aangenomen wordt dat deze bepaling geen afbreuk doet aan artikel 1382 B.W. In tegenstelling tot de contractuele schade omvat de buitencontractuele schade niet enkel de voorzienbare schade, maar ook de onvoorzienbare schade. De voorzienbaarheid van de schade speelt bijgevolg geen rol bij de omvang van de schadeloosstelling. Hierboven is gebleken dat dit aspect wel een bestanddeel uitmaakt van de fout. Evenmin kan de buitencontractuele schade, in tegenstelling tot de contractuele variant, beperkt worden tot de onmiddellijke en rechtstreekse schade.²⁰⁰⁶

674. *Bewijslast* – De bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade rust principieel op de benadeelde, dit opnieuw overeenkomstig artikel 1315, § 1 B.W. en artikel 870 Ger. W.²⁰⁰⁷ Bestaat er twijfel over het bestaan van de schade, dan moet de rechter de eis tot vergoeding afwijzen. Het volstaat dat de eiser het *bestaan* van de schade aantoon, zonder ertoe gehouden te zijn de juiste omvang ervan te bewijzen. Het bewijs mag geleverd worden met alle bewijsmiddelen, met inbegrip van getuigen en vermoedens.²⁰⁰⁸

B. Benadeling als schadevereiste: hoegroetheid van de benadeling

1. Stand van zaken

675. *Manifeste wanverhouding tussen wederzijds bedongen prestaties* – Hierboven werd reeds aangegeven dat rechtspraak en rechtsleer traditioneel een *ernstige* benadeling vooropstellen, in die zin dat een *manifeste wanverhouding* moet bestaan tussen de contractuele hoofdprestaties.²⁰⁰⁹ Het ernstige

²⁰⁰³ Cass. 19 november 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 373, concl. Adv. Gen. E. KRINGS; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 957; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 931 e.v.; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 452; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 649 e.v.

²⁰⁰⁴ L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 932; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 452.

²⁰⁰⁵ J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1948 à 1951). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *RCJB* 1952, (55) 84; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 953-954; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 61 e.v.; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 35; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 889 e.v. en 903 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 658 e.v.

²⁰⁰⁶ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 46-47; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 167 e.v. Zie *supra*, nr. 563.

²⁰⁰⁷ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 59 e.v.; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 971.

²⁰⁰⁸ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 52-53; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 68. Zie ook L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 1006 e.v.

²⁰⁰⁹ *Supra*, nr. 407.

karakter van de benadeling wordt vereist omwille van de rechtszekerheid.²⁰¹⁰ Volgens DE PAGE komt de gekwalificeerde benadeling hiermee tegemoet aan de conflicterende beginselen die deze figuur in zich draagt: enerzijds leidt de sanctionering van de *ernstige* benadeling ertoe dat de principes van de wilsautonomie en de zekerheid van de handel gerespecteerd worden, anderzijds komt de theorie van de gekwalificeerde benadeling tegemoet aan de billijkheid, vermits de meest ernstige misbruiken beteugeld worden.²⁰¹¹

676. *Minderheidsopvatting* – Een minderheid van de doctrine neemt echter aan dat een loutere wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties voldoende is voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling. Zo pleit RAUWS voor een evolutie van de Belgische rechtspraak en rechtsleer in de richting van de Nederlandse oplossing, in die zin dat het vereiste van een aanzienlijke wanverhouding van de hoofdprestaties afgezwakt wordt tot een eenvoudige wanverhouding.²⁰¹²

677. *Opvatting DE BONDT* – Ook DE BONDT verwerpt het vereiste van een ernstige benadeling. Hiertoe verwijst hij vooreerst naar het Nederlandse recht, waar aangetoond wordt dat het vereiste van een ernstige benadeling geen noodzakelijke voorwaarde is ter bescherming van de zekerheid van de handel.²⁰¹³ Verder bekritiseert deze auteur terecht de visie van DE PAGE dat de grove gevallen van benadeling meteen ook de meest ernstige gevallen van misbruik uitmaken. DE BONDT stelt het misbruikvereiste, en niet het vereiste van de grove benadeling, voorop om de beginselen van wilsautonomie en zekerheid van de handel te verzoenen met de billijkheid. Indien het kennelijk of duidelijk is dat het gebruik van inferioriteit ter verwerving van een contractueel voordeel als misbruik moet worden aangemerkt, zou omwille van het billijkheidsvereiste de leer van de gekwalificeerde benadeling van toepassing zijn. De auteur stelt het kennelijk misbruik voorop, maar wijst er tegelijk op dat de hoegrootheid van de benadeling mee bepalend zal zijn voor het misbruikoordeel. Naarmate de benadeling groter is, kan men eerder van misbruik spreken.²⁰¹⁴

2. Historische blik op het vereiste van grove benadeling

678. *Algemeen* – De opname van een grove benadeling als één van de voorwaarden van de gekwalificeerde benadeling is historisch te verklaren. Om dit aan te tonen, grijpen we kort terug naar de eerder besproken historische achtergrond van de benadeling.

679. *Fragmentarische sanctionering bij bepaalde gradaties van benadeling* – Bij de codificatie in 1804 werd de benadeling verworpen als algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten. Verschillende redenen werden hiertoe aangehaald, waaronder vooral het vereiste van rechtszekerheid.

²⁰¹⁰ J.-F. ROMAIN, “Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations”, *JT* 1993, (749) 753. DE BERSAQUES omschreef dit vereiste als “*le déséquilibre entre les prestations réciproques (...) flagrant, grave et dépourvu de toute justification*” (A. DE BERSAQUES, “L’œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X. (ed.), *Mélanges Jean Dabin*, II, 1963, (487) 516).

²⁰¹¹ DE PAGE stelt hieromtrent het volgende: “*Même dans ces limites restreintes, une théorie de la lésion a une valeur incontestable. Elle réprime des abus, et elle les réprime à bon escient. Sans doute, ses possibilités d’application seront-elles moins fréquentes, d’autant plus qu’il n’est tenu compte que d’une disproportion grave entre les prestations corrélatives. Mais c’est toujours l’antinomie fondamentale de la lésion et du principe de la volonté qui en est la cause. Tant que ce dernier principe sera considéré comme nécessaire, il est impossible d’accueillir la lésion autrement que d’une manière exceptionnelle. Le résultat remarquable (...) de la théorie de la lésion qualifiée est qu’on a (...) pu accueillir la lésion comme cause générale d’invalidation de tous les contrats; (...). Les abus les plus graves sont ainsi réprimés sans compromettre la sécurité du commerce.*” (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 86).

²⁰¹² *Supra*, nr. 408.

²⁰¹³ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 131-132.

²⁰¹⁴ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 132

De opstellers van het Burgerlijk Wetboek waren het in ieder geval eens dat de wetgever zich in een vrije markteconomie niet moet bekommeren om minimale vormen van benadeling. Evenwel beseften de opstellers ook dat voor de wetgever wel een rol was weggelegd, indien de benadeling een te aanzienlijke vorm aanneemt. Vanuit dit standpunt werd door de wetgever in een aantal gevallen de benadeling als grondslag voor vernietiging van overeenkomsten aanvaard, op voorwaarde dat een bepaalde (aanzienlijke) graad van benadeling aanwezig was.²⁰¹⁵ Enkel het feit dat het telkens een ernstige of grove vorm van benadeling betrof, gaf de doorslag tot sanctionering van deze gevallen van benadeling. Hierbij dient evenwel benadrukt te worden dat dit gevallen betreffen van (zuivere) benadeling, d.i. zonder dat hierbij een fout vereist wordt in hoofde van de bevoordeelde partij.

680. *Doortrekking naar gekwalificeerde benadeling* – Bij de ontwikkeling van de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling werd het belang van een bepaalde hoegrootheid van benadeling doorgetrokken. Dat is niet verwonderlijk, aangezien verschillende auteurs (zoals KLUYSKENS en DE PAGE) sommige van bovenstaande wettelijke bepalingen waarin een specifieke graad van benadeling wordt opgelegd, beschouwden als wettelijke toepassingen van het algemeen rechtsbeginsel van de gekwalificeerde benadeling.²⁰¹⁶ In die periode werd de theorie van de gekwalificeerde benadeling ook daadwerkelijk beschouwd als een uitloper van de benadeling en lag de nadruk binnen de theorie veeleer op het benadelingsvereiste dan op het misbruikvereiste. Pas in 1958 wordt door DE BERSAQUES benadrukt dat de benadeling en de gekwalificeerde benadeling twee onderscheiden juridische noties zijn, aangezien het voor de gekwalificeerde benadeling, en dit in tegenstelling tot de benadeling, essentieel is dat de benadeling veroorzaakt werd door het *uitbuiten* van de ondergeschikte omstandigheden waarin de tegenpartij zich bevindt.²⁰¹⁷

Doordat het onderscheid met de benadeling onvoldoende benadrukt werd, werd opnieuw ruimte gegeven aan de argumenten die pleiten tegen de invoering van benadeling als algemene vernietigingsgrond, zoals het beginsel van de wilsautonomie, de rechtszekerheid en de zekerheid van de handel. Om deze argumenten te weerleggen, werd geoordeeld dat minstens een bepaalde hoegrootheid van benadeling aanwezig moest zijn, alvorens tot sanctionering kon worden overgegaan. Het feit dat in die periode de verregaande nietigheidssanctie als sanctie werd gekoppeld aan de gekwalificeerde benadeling, heeft deze ontwikkeling ongetwijfeld kracht bijgezet.

3. Toepassing van buitencontractuele aansprakelijkheidsregels

681. *Principe: afstappen van het vereiste van een bepaalde hoegrootheid van benadeling* – Doordat de grondslag van de gekwalificeerde benadeling ligt in de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, moet o.i. worden afgestapt van het vereiste van een *ernstige* of *manifeste* benadeling, in die zin dat een bepaalde hoegrootheid wordt vereist. De hoegrootheid van de schade doet er bij toepassing van artikel 1382 B.W. immers niet toe. Van zodra vastgesteld wordt dat misbruik van inferioriteit en/of superioriteit tot benadeling heeft geleid, zijn de voorwaarden voor 1382 B.W. als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling vervuld en moet de schade vergoed worden. Wel is vereist dat de benadeling zeker is.²⁰¹⁸ Door de rechter moet bijgevolg kunnen worden vastgesteld dat er een onevenwicht bestaat tussen de contractuele hoofdprestaties. Het gebruik van de term *wanverhouding* moet vermeden worden, aangezien deze notie reeds impliceert dat meer vereist is

²⁰¹⁵ *Supra*, nrs. 171-172.

²⁰¹⁶ *Supra*, nr. 370.

²⁰¹⁷ *Supra*, nrs. 304 e.v.

²⁰¹⁸ In dezelfde zin, zie bv. P.-H. DELVAUX, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (73) 83.

dan een (louter) onevenwicht tussen de hoofdprestaties. Wel kan de hoegrootheid van de benadeling als concrete omstandigheid mee in rekening worden gebracht bij de beoordeling van het misbruikvereiste²⁰¹⁹ alsmede een invloed hebben op het schadeherstel.²⁰²⁰

682. *Steun in artikel 1907ter B.W.* – Deze visie lijkt te worden ondersteund door de wettekst van artikel 1907ter B.W., en de interpretatie die eraan wordt gegeven. Overeenkomstig deze bepaling vermindert de rechter op vordering van de lener diens verplichtingen tot terugbetaling van het geleende kapitaal en de betaling van de wettelijke interest, “indien de uitlener met misbruik van de behoeften, van de zwakheden, van de hartstochten, van de onwetendheid van de lener, zich voor zichzelf of voor anderen, een interest of andere voordelen heeft doen beloven, die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden”. Deze bepaling wordt beschouwd als een wettelijke toepassing van de gekwalificeerde benadeling.²⁰²¹

In dit wetsartikel correspondeert het benadelingsvereiste met de zinsnede “*interest of andere voordelen (...), die klaarblijkelijk de normale interest en de dekking van het risico van de lening overschrijden*”. De vraag rijst hoe de term *klaarblijkelijk* dient te worden geïnterpreteerd. Wijst dit op een bepaalde hoegrootheid van benadeling die aanwezig moet zijn, of wordt hiermee enkel bedoeld dat de benadeling duidelijk en dus zeker moet zijn? Zou men uit de term *klaarblijkelijk* niet veeleer een marginale controle in hoofde van de rechter kunnen afleiden? Met BIQUET-MATHIEU moet o.i. worden aangenomen dat de klaarblijkelijke overschrijding van de normale interest en de dekking van het risico van de lening geïnterpreteerd moet worden als een *duidelijke onevenredigheid*: “*Quoi qu’il en soit, l’élément objectif de la lésion qualifiée n’est constitué que si la disproportion est manifeste; l’excédent doit donc être ‘patent, non contestable’; même s’il n’est pas requis que le dépassement soit considérable, il doit néanmoins être certain et significatif.*”²⁰²² De benadeling of het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties dient derhalve geen bepaalde hoegrootheid aan te nemen, maar dient wel zeker en duidelijk te zijn. In die zin sluit artikel 1907ter B.W. aan bij onze vaststellingen op basis van de aanwijzing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling. Het vereiste wordt volgens BIQUET-MATHIEU nog eens expliciet gesteld omdat de noties *normale interest* en *dekking van het risico van de lening* vage, niet-duidelijk afgelijnde noties zijn.²⁰²³ Opnieuw in navolging van dezelfde auteur nemen wij aan dat de term *klaarblijkelijk* enkel vereist dat de onevenredigheid zeker en duidelijk moet zijn. Deze term houdt evenwel niet in dat de rechter tot een marginale toetsing van de benadeling dient over te gaan.²⁰²⁴

683. *Steun in cassatiearrest van 29 april 1993* – Met het cassatiearrest van 29 april 1993 erkende het Hof van Cassatie voor het eerst het bestaan van de rechtsfiguur gekwalificeerde benadeling.²⁰²⁵ Het Hof somde de toepassingsvoorwaarden van deze rechtsfiguur op, en vermeldde “*l’existence d’un déséquilibre certain entre les prestations réciproques des parties*” (eigen onderlijning). Opvallend is dat het Hof van Cassatie spreekt over een *zeker* onevenwicht, en niet over een *ernstig, manifest* of

²⁰¹⁹ *Supra*, nr. 661.

²⁰²⁰ *Infra*, nr. 737.

²⁰²¹ *Supra*, nr. 257.

²⁰²² C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, 1998, 512. Zie ook C. DEL MARMOL, *La répression de l’usure*, 1943, 309.

²⁰²³ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, 1998, 512.

²⁰²⁴ C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil?*, 1998, 512, voetnoot 1714. Ook DE BONDt houdt dit niet voor. Deze auteur maakt enkel gebruik van de marginale toetsing om het misbruikvereiste van de gekwalificeerde benadeling te beoordelen (DE BONDt, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 115 e.v.).

²⁰²⁵ *Supra*, nr. 376.

aanzienlijk onevenwicht, of over een *wanverhouding*. Aangezien het arrest evenwel summier is gemotiveerd, is het voorbarig om uit deze formulering definitieve besluiten te trekken.

684. *Geen aantasting rechtszekerheid* – Het argument dat veelal wordt aangehaald ter staving van het vereiste van een bepaalde hoegrootheid van de benadeling, is het vereiste van de rechtszekerheid en de zekerheid van de handel. Aan deze terechte bekommernissen wordt door de gekwalificeerde benadeling evenwel reeds tegemoet gekomen door middel van het misbruikvereiste.²⁰²⁶ Wanneer een fout in hoofde van één van de contractpartijen voorligt, hoeft dan ook niet bijkomend het vereiste van een bepaalde hoegrootheid van schade worden gesteld.

C. Benadeling als schadevereiste: ‘nadeel’ in plaats van ‘benadeling’

1. Stand van zaken

685. *Verdeeldheid in de doctrine* – De meeste Belgische auteurs houden op vandaag vast aan het strikte benadelingsvereiste, in die zin dat het moet gaan om een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Hierdoor wordt het toepassingsgebied van de gekwalificeerde benadeling ook onmiddellijk beperkt tot wederkerige overeenkomsten ten bezwarende titel.²⁰²⁷ Sommige auteurs, zoals CORNELIS en CAUFFMAN, benadrukken evenwel dat het misbruik van een inferieure positie van een partij om deze onredelijk bezwarende verbintenissen te doen aangaan, ook kan plaatsvinden in geval van eenzijdige overeenkomsten of zelfs bij verbindende eenzijdige rechtshandelingen. Deze auteurs stellen dan ook het vereiste van een *nadeel* in de zin van een actuele of toekomstige vermogensaantasting voorop.

2. Vraagstelling

686. *Dubbel gevolg* – De vraag rijst of de gekwalificeerde benadeling kan worden ingeroepen, indien geen onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties voorligt, maar wel een *nadeel*, in de zin van een actuele of toekomstige vermogensaantasting. Dergelijke uitbreiding lijkt o.i. twee concrete gevolgen met zich mee te brengen.

Vooreerst heeft deze aanpassing tot gevolg dat niet louter de hoofdprestaties tegen elkaar worden afgewogen, maar dat een prestatie ook kan worden geëvalueerd rekening houdend met de vermogenstoestand van de benadeelde partij. In die zin zou de gekwalificeerde benadeling kunnen worden toegepast bij eenzijdige overeenkomsten en bij verbindende eenzijdige rechtshandelingen, aangezien in dat geval afgestapt zou worden van de toetsing van *wederzijdse* prestaties.

Daarnaast zou een uitbreiding van het benadelingsvereiste tot een nadeelsvereiste ook inhouden dat de toetsing op basis van gekwalificeerde benadeling niet langer beperkt wordt tot de toetsing van *hoofdprestaties*. Hierdoor komt het onderscheid tussen de toetsing van hoofdprestaties en de toetsing van bijkomende prestaties (rechten en verplichtingen), zoals door de onrechtmatige bedingenleer wordt vooropgesteld, op de helling te staan. Ook een onevenwicht tussen de contractuele rechten en verplichtingen of bijkomende verbintenissen²⁰²⁸ (bv. een onevenwicht ten gevolge van

²⁰²⁶ Zie ook DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 131 e.v. In *andere zin*, de Franse auteur G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 368.

²⁰²⁷ Zie C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 196. Zie evenwel anders bij DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 113.

²⁰²⁸ Zie OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 366 e.v.

schadebedingen of exoneratiebedingen), zou immers tot een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensnadeel kunnen leiden.

3. Afstappen van het wederkerige karakter van de toetsing?

687. *Criterium* – CORNELIS pleit voor de uitbreiding van de gekwalificeerde benadeling naar eenzijdige overeenkomsten en/of verbintenissen uit eenzijdige wilsuiking. Wanneer een rechtssubject misbruik maakt van de inferieure toestand waarin een ander rechtssubject zich bevindt om laatstgenoemde, in het kader van hetzij een eenzijdige overeenkomst hetzij een eenzijdige wilsuiking, manifest nadelige verbintenissen te doen aangaan, die bij ontstentenis van dat misbruik, niet of althans onder minder bezwarende voorwaarden zouden zijn aanvaard, moet de gekwalificeerde benadeling toepassing kunnen vinden. Een nadeel ligt voor wanneer een actuele of toekomstige vermogensaantasting kan worden vastgesteld.²⁰²⁹

CAUFFMAN pleit eveneens voor een uitbreiding van het toepassingsgebied van de gekwalificeerde benadeling naar eenzijdige overeenkomsten en naar eenzijdige verbindende wilsuikingen.²⁰³⁰ Specifiek met betrekking tot de verbindende eenzijdige belofte oordeelt deze auteur dat benadeling geen wezenlijke vereiste is voor een beroep op misbruik van omstandigheden. Het feit dat een belofte werkelijk onredelijk zware gevolgen heeft voor de belover, hetzij omdat zij onredelijk zwaar is gelet op zijn vermogenstoestand, hetzij omdat zij leidt tot een zware gebondenheid rekening houdend met het belang van de belover bij die gebondenheid, zou een indicatie kunnen vormen van het feit dat er bepaalde omstandigheden aanwezig waren waar misbruik van gemaakt werd.²⁰³¹

Als criterium wordt derhalve vooropgesteld een nadeel in de zin van een actuele of toekomstige vermogensaantasting, die kan worden afgeleid uit een vergelijking, hetzij met de vermogenstoestand van de zwakke partij, hetzij met het belang dat hij heeft bij het stellen van die rechtshandeling.

688. *Vermogensaantasting* – Het is o.i. niet duidelijk wanneer in geval van een eenzijdige overeenkomst of een verbindende eenzijdige rechtshandeling een actuele of toekomstige vermogensaantasting zal voorliggen, of beter gezegd, wanneer dergelijke vermogensaantasting *niet* zal voorliggen. Een eenzijdige overeenkomst houdt immers precies in dat er enkel ten laste van één van partij verbintenissen ontstaan. Behoudens in geval van de zakelijke contracten waar de enige verbintenis bestaat in de teruggave van de bij de contractsluiting overhandigde zaak (bv. onbezoldigde bewaargeving of bruiklening), lijkt het ons inherent te zijn aan deze rechtshandelingen dat ze een vermogensaantasting in hoofde van de zich verbindende partij zal of kan met zich meebrengen. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de (kosteloze) borgtocht. Dit zal *a fortiori* het geval zijn bij eenzijdige overeenkomsten om niet, zoals de schenking.²⁰³² Hetzelfde geldt o.i. voor de verbindende eenzijdige rechtshandeling. In die zin lijkt een nadeel in de zin van een actuele of toekomstige vermogensaantasting geen gepast criterium te kunnen uitmaken.

689. *Extrinsieke benadeling* – Volgens CAUFFMAN zou de vermogensaantasting kunnen worden afgeleid uit het onredelijke nadeel dat de zwakke partij ondervindt ten gevolge van de rechtshandeling. In die zin wordt niet langer de instrinsieke benadeling in aanmerking genomen, maar treedt de

²⁰²⁹ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 71-72.

²⁰³⁰ C. CAUFFMAN, "Gekwalificeerde benadeling", in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 196.

²⁰³¹ C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, 2005, 641.

²⁰³² Zie in dezelfde zin G.J.S., noot onder HR 20 januari 1978, *NJ* 1978, (797) 797. Zie ook *supra*, nr. 142-143.

extrinsieke benadeling op de voorgrond. Er wordt in het bijzonder nagegaan of de rechtshandeling onredelijk zware gevolgen heeft voor de zwakke partij die zich verbonden heeft, hetzij gelet op de vermogenstoestand van deze partij, hetzij op het belang dat hij heeft bij de rechtshandeling. De extrinsieke benadeling wordt in het Belgische recht inzake benadeling op heden in aanmerking genomen bij de sanctionering van de benadeling van minderjarigen alsook bij de kosteloze borgtocht.²⁰³³

690. *Evaluatie van de uitbreiding tot de extrinsieke benadeling* – Op het eerste gezicht lijkt het hanteren van een extrinsieke benadeling een grote onzekerheid teweeg te brengen. De medecontractant heeft immers meestal geen duidelijk zicht op de vermogenstoestand van de zich verbindende contractpartij. Anderzijds lijkt deze grotere rechtsonzekerheid gecompenseerd te worden door het misbruikvereiste. Immers, in geval van gekwalificeerde benadeling moet aangetoond worden dat één van de contractpartijen een fout beging, in die zin dat een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden, de omstandigheden van inferioriteit niet zou hebben benut om het contract te sluiten. Hier wordt opnieuw duidelijk dat het benadelingsvereiste, of het nadeel, mee een rol zal spelen bij de beoordeling van het misbruikvereiste. Indien de contractpartij immers niet op de hoogte was en niet op de hoogte behoorde te zijn van de (slechte) vermogenstoestand van de verbindende partij, dan kan o.i. niet tot misbruik besloten worden. De redelijke voorzienbaarheid van de schade maakt immers een bestanddeel uit van de fout.²⁰³⁴

Desalniettemin moet benadrukt worden dat een uitbreiding van het benadelingsvereiste naar het nadeelsvereiste noch wenselijk noch noodzakelijk is. O.i. kunnen de bovenvermelde situaties bij eenzijdige overeenkomsten en verbindende eenzijdige rechtshandelingen aan de hand van andere rechtsfiguren ondervangen worden, zoals de algemene buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, de wilsgebreken bedrog of geweld, of bijzondere wetsbepalingen zoals artikel 2043*sexies*, § 2 B.W. Een uitbreiding van het benadelingsvereiste leidt er ook onvermijdelijk toe dat de grenslijn tussen de gekwalificeerde benadeling en de wilsgebreken bedrog en geweld dunner wordt dan tevoren.

4. Afstappen van de loutere toetsing van contractuele hoofdprestaties?

a. Inleiding

691. *Algemeen* – Een uitbreiding van het benadelingsvereiste naar een nadeelsvereiste zou ook impliceren dat wordt afgestapt van de loutere toetsing van de contractuele hoofdprestaties. Ook de rechten en verplichtingen van partijen zouden in dat geval mee in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de gekwalificeerde benadeling. Nochtans werd hierboven reeds gewezen op het onderscheid dat gehanteerd wordt tussen de toetsing van de contractuele hoofdprestaties en de toetsing van de bijkomende prestaties (rechten en verplichtingen). De vraag rijst of het wenselijk is om dit onderscheid op te geven.

692. *Kunstmatige aflijning* – De aflijning tussen de rechterlijke toetsing van de contractuele hoofdprestaties en de toetsing van contractuele rechten en verplichtingen, is niet steeds even scherp. Contractuele bedingen aangaande de rechten en verplichtingen van partijen beïnvloeden immers de contractuele hoofdprestaties. Zo bepaalt een exonatiebeding de omvang van de contractuele aansprakelijkheid en derhalve ook de hoogte van de verzekeringspremie en de eindprijs van het

²⁰³³ *Supra*, nrs. 177 en 272.

²⁰³⁴ *Supra*, nr. 668.

contract.²⁰³⁵ Deze afbakening tussen de toetsing van de contractuele hoofdprestaties en de toetsing van de contractuele rechten en plichten wordt *zowel* doorgevoerd binnen de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling *als* binnen de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC). Desalniettemin lijkt dit onderscheid kunstmatig en niet steeds even consequent te kunnen worden doorgetrokken.

693. *Overzicht* – We illustreren hierna eerst het kunstmatige onderscheid tussen de toetsing van de contractuele hoofdbedingen, enerzijds, en de toetsing van de contractuele rechten en plichten, anderzijds, aan de hand van de toetsing van exoneratiebedingen, in het bijzonder bij toepassing van het uithollingsverbod. Vervolgens zullen we argumenteren waarom een uitbreiding van het benadelingsvereiste inzake de gekwalificeerde benadeling o.i. toch niet aangewezen is.

b. (On)rechtstreekse toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties via het uithollingsverbod bij exoneratiebedingen

694. *Vaststelling* – Het onderscheid tussen de toetsing van de contractuele hoofdprestaties en de bijkomende prestaties wordt in de praktijk niet strikt toegepast. Zo wordt bij de toepassing van het uithollingsverbod bij exoneratiebedingen op onrechtstreekse wijze ook vaak het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties gecorrigeerd. Het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt daarenboven soms ook (expliciet) mee in overweging genomen bij het onderzoek naar de geldigheid van het exoneratiebeding.²⁰³⁶

i. Algemeen kader

695. *Unanimité over het principe* – De Belgische rechtspraak²⁰³⁷ en rechtsleer²⁰³⁸ scharen zich eensgezind achter het beginsel dat een exoneratiebeding ongeoorloofd is, indien de overeenkomst erdoor wordt uitgehold.

²⁰³⁵ Zie in dit verband ook *infra*, nrs. 1075 e.v.

²⁰³⁶ Zie bv. J. VAN RYN, “Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité”, *RGAR* 1931, 703-3: “*Mais l’irresponsabilité des simples fautes est elle-même susceptible de réduire dans de telles proportions la valeur économique de la prestation promise, que cette réduction équivaut pratiquement à l’absence d’obligation*” (eigen onderlijning).

²⁰³⁷ Zie o.m. Cass. 26 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 537, *Pas.* 2004, 513; Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-1991, 88; Cass. 23 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 371; Cass. 25 september 1959, *Arr. Cass.* 1960, 86; Brussel 8 december 2004, *TBH* 2006, 135, noot J. BUYLE en M. DELIERNEUX; Brussel 20 september 2007, *RW* 2007-2008, 539; Gent 31 mei 2002, *RW* 2002-03, 1589, noot; Bergen 29 maart 1999, *TBBR* 2001, 76, noot R. STEENNOT; Brussel 25 maart 1997, *AJT* 1997-98, 258, noot E. MORTIER; Luik 25 januari 1996, *JLMB* 1996, 520, noot P.H.; Luik 13 april 1995, *JLMB* 1996, 98; Antwerpen 7 maart 1995, *RW* 1995-96, 461 (verkort); Antwerpen 10 mei 1994, *RHA* 1995, 301; Luik 19 oktober 1993, *TBH* 1994, 702, noot; Brussel 22 januari 1993, *RGAR* 1995, nr. 12.491; Gent 20 mei 1992, *TBBR* 1993, 451; Bergen 13 februari 1985, *JT* 1986, 163; Brussel 7 december 1977, *RGAR* 1978, nr. 9952; Rb. Brussel 29 januari 2007, *TBBR* 2008, 385, noot R. STEENNOT; Kh. Brussel 24 september 1986, *RGAR* 1988, nr. 11.387.

²⁰³⁸ Zie o.m. N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 81; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 600; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 63 e.v.; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 280-283; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 421; STIJNS, *Verbindenissenrecht*, 2005, 165-166; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1263-1264; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 17; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 39-40.

696. *Ratio legis* – De achterliggende redenering van dit geldigheidsvereiste werd overtuigend verwoord door advocaat-generaal SOENENS in zijn conclusie bij een arrest van het hof van beroep te Gent: “*Ce que l’on ne saurait faire, c’est à la fois s’obliger et s’exonérer: s’obliger d’une part, à telle prestation, à telle garantie, et, d’autre part, stipuler qu’on ne sera tenu à rien, au cas où l’on manquerait à cet engagement. On ne peut, à la fois, donner et retenir. L’engagement, en pareil cas, serait affecté d’une condition potestative pure, qui le frapperait de nullité radicale, car c’est une contradiction dans les termes que de ne s’obliger que pour autant qu’on veuille exécuter l’engagement; et comme, d’autre part, dans les contrats synallagmatiques, l’obligation de l’une des parties est la cause de l’obligation du cocontractant, le contrat tout entier se trouverait manquer d’une condition d’existence, - à moins que l’engagement dont l’exécution est abandonnée à la discrétion du débiteur, n’ait qu’une importance secondaire au regard des autres avantages assurés au créancier.*”²⁰³⁹

697. *Concrete invulling* – Wat de concrete invulling van het uithollingsverbod betreft, wordt geen eenduidige terminologie gehanteerd. Het Hof van Cassatie stelt als criterium voorop *het teniet doen van de aangegane verbintenis*²⁰⁴⁰ of *het vernietigen van het voorwerp van de verbintenis*²⁰⁴¹. Het exoneratiebeding moet op een wezenlijke of essentiële verbintenis betrekking hebben om op basis van het uithollingsverbod als ongeoorloofd te worden gekwalificeerd.²⁰⁴² Vaak wordt in dit verband ook vooropgesteld dat het exoneratiebeding niet “*ieder nut of betekenis aan de overeenkomst mag ontnemen*”.²⁰⁴³

²⁰³⁹ Adv.-Gen. SOENENS, conclusie bij Gent 28 februari 1929, *BJ* 1929, 549. Tevens aangehaald door R. KRUTHOF, “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge”, in X. (ed.), *In memoriam Jean Limpens*, 1987, (165) 189; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 281.

²⁰⁴⁰ Cass. 25 september 1959, *Arr. Cass.* 1960, 86, *Pas.* 1960, I, 113, conclusie adv.-gen. P. MAHAUX.

²⁰⁴¹ Cass. 26 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 537, *Pas.* 2004, 513; Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 88; Cass. 23 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 371, *Pas.* 1988, I, 347. Zie ook Luik 7 maart 2006, *JLMB* 2006, 834; Luik 10 juni 2005, *RGAR* 2007, nr. 14.202; Gent 20 mei 1992, *TBBR* 1993, 451.

²⁰⁴² Zie reeds bij J. VAN RYN, “Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité”, *RGAR* 1931, 703-3 en bij Adv.-Gen. SOENENS, conclusie bij Gent 28 februari 1929, *BJ* 1929, 549 (“... à moins que l’engagement dont l’exécution est abandonnée à la discrétion du débiteur, n’ait qu’une importance secondaire au regard des autres avantages assurés au créancier”). Later ook bij M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 191; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 63 e.v.; J.H. HERBOTS, “De exoneratiebedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (1) 11; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 421; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1264; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 734; O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht en in het consumentenrecht”, in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, (41) 55; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 664; P. WERY, “Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles”, in P. WERY (ed.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, 2004, (287) 339. Voor een toepassing uit de rechtspraak, zie Cour d’appel (Lux.) 27 januari 2005, *DAOR* 2006, 271, noot O. POELMANS en A. DÉOME.

²⁰⁴³ Zie bv. Antwerpen 12 januari 2006, *Bank Fin. R.* 2006, 91, noot R. STEENNOT; Antwerpen 20 september 2004, *RW* 2007-2008, 539; Gent 21 januari 1999, *RW* 2002-03, 1020; Luik 25 januari 1996, *JLMB* 1996, 520, noot P.H.; Antwerpen 2 mei 1995, *RW* 1996-97, 302; Antwerpen 10 mei 1994, *RHA* 1995, 301; Brussel 9 augustus 1988, *RGAR* 1989, nr. 11.554; Kh. Gent 19 september 2005, *TGR-TWVR* 2005, 316; Kh. Hasselt 29 april 2003, *NjW* 2003, 1007, noot F. BRULOOT; Rb. Brussel 22 maart 2000, *T. Aann.* 2000, 155; Vred. Mol 21 december 1993, *Turnh. Rechtsl.* 1995-96, 12; Vred. Antwerpen 18 januari 1993, *RW* 1993-94, 475; E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1191; R. KRUTHOF, “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge”, in X. (ed.), *In memoriam Jean Limpens*, 1987, (165) 189; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 281-282; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1263. Zie evenwel de kritiek van N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 82.

698. *Wezenlijke of essentiële verbintenis* – Om te bepalen welke verbintenissen wezenlijk of essentieel zijn, zal de rechter de overeenkomst kwalificeren om zo de contractuele kern te onderscheiden. Bij *benoemde* overeenkomsten vormt het wettelijke kader daarbij het uitgangspunt. Zo bestaat de verplichting die krachtens artikel 1915 B.W. rust op de bewaarnemer erin om de zaak van de bewaargever aan te nemen, onder de verplichting die te bewaren en *in natura* terug te geven (bewakings- en teruggaveplicht).²⁰⁴⁴ Bij *onbenoemde* overeenkomsten speelt de aard van de overeenkomst en het doel dat met die overeenkomst beoogd wordt, een belangrijke rol bij de afbakening van de wezenlijke verbintenissen. Het wezenlijke karakter van een verbintenis wordt derhalve gekoppeld aan de vraag wat een contractpartij op basis van de overeenkomst objectief gezien mag verwachten van zijn medecontractant. Tot slot maken ook de verbintenissen die de contractpartijen zelf als wezenlijk beschouwen, wezenlijke verbintenissen uit. Doet het exonerationbeding het voorwerp van zo'n verbintenis teniet, dan is de clause ongeldig.²⁰⁴⁵

699. *Illustraties* – Het uithollingsverbod als geldigheidsvereiste voor exonerationbedingen wordt de laatste decennia vaak aangehaald in de Belgische rechtspraak. Klassieke toepassingsgevallen zijn o.m. (i) het exonerationbeding opgenomen in een contract van filmontwikkeling, waarin bepaald wordt dat bij beschadiging of verlies van het filmrolletje de klant als schadeloosstelling enkel een blanco filmrolletje ontvangt²⁰⁴⁶; (ii) de in de algemene bankvoorwaarden opgenomen clause krachtens dewelke de bank niet aansprakelijk is voor het niet naar behoren nagaan of de handtekeningen die voorkomen op ontvangen orders, toestemmingen of volmachten, overeenstemmen met het specimen ervan²⁰⁴⁷; (iii) het in een parkingcontract met bewaarnemingsplicht (of garagecontract) opgenomen exonerationbeding waarin de uitbater zich tracht te bevrijden van zijn bewakings- en restitutieplicht²⁰⁴⁸.

ii. Juridische grondslag van het uithollingsverbod: overzicht van de aangereikte grondslagen

700. *Oorzaak als objectieve bestaansreden* – Ter rechtvaardiging van het uithollingsverbod werd aanvankelijk verwezen naar het objectieve oorzaakvereiste (klassieke invulling). Een exonerationbeding dat het voorwerp van een wezenlijke verbintenis teniet doet, raakt aan de objectieve bestaansreden of aan het nut van de rechtshandeling voor de partijen.²⁰⁴⁹ Bij een strikte toepassing van dit uithollingsverbod kan een exonerationbeding slechts vernietigd worden, wanneer de hoofdverbintenis

²⁰⁴⁴ M. FAURE, "De toepassing van exonerationbedingen in het parkeercontract", *RW* 1982-1983, (2161) 2164 en V. SAGAERT, *Parking- en garagecontracten*, 2001, 129.

²⁰⁴⁵ N. CARETTE, "Exonerationbedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 82-83; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 190; E. DIRIX, "Exonerationbedingen", *TPR* 1988, (1171) 1191; B. DUBUISSON, "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge", in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 64-65; J.H. HERBOTS, "De exonerationbedingen in het gemeen recht", in J.H. HERBOTS (ed.), *Exonerationbedingen*, 1993, (1) 11; E. MONTERO, "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge", in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 422-423. Aangaande de wezenlijke verbintenis, zie in het bijzonder X. THUNIS, "Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat", in X. (ed.), *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, 2003, 521-542.

²⁰⁴⁶ Brussel 22 januari 1993, *RGAR* 1995, nr. 12.491; Kh. Brussel 15 juni 1961, *RGAR* 1963, nr. 7072; Vred. Luik 20 december 2001, *JLMB* 2002, 1005, noot P. WÉRY; Vred. Luik 20 november 1997, *TBBR* 2000, 562, noot.

²⁰⁴⁷ Cass. 27 september 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 88, *Pas.* 1991, I, 821 en *Bank Fin. R.* 1992, 37, noot J.F. ROMAIN; Bergen 29 maart 1999, *TBBR* 2001, 76, noot R. STEENNOT; Brussel 18 november 1999, *AJT* 2001-2002, 68, noot R. STEENNOT; Rb. Brugge 24 oktober 1995, *TGR* 1996, 98; Kh. Brussel 3 november 1992, *TBH* 1993, 992, noot.

²⁰⁴⁸ Rb. Luik 29 juni 1976, *JL* 1976-77, 275. Zie in dezelfde zin bij een onderhoudscontract van een voertuig met bewaargeving: Gent 20 mei 1999, *TBBR* 2000, 320. Zie evenwel Rb. Brussel 12 december 1989, *TBBR* 1990, 371. Voor een diepgaande bespreking van deze problematiek, zie M. FAURE, "De toepassing van exonerationbedingen in het parkeercontract", *RW* 1982-1983, (2161) 2168-2170 en V. SAGAERT, *Parking- en garagecontracten*, 2001, 207 p.

²⁰⁴⁹ Adv.-Gen. SOENENS, conclusie bij Gent 28 februari 1929, *BJ* 1929, 549.

van een schuldenaar geen voorwerp meer heeft, en het contract dientengevolge geen oorzaak meer bezit.²⁰⁵⁰ Dit zou de nietigheid van de ganse overeenkomst met zich meebrengen wegens aantasting van het (voorwerp-)oorzaakvereiste.²⁰⁵¹

Bij een wederkerige overeenkomst houdt de objectieve invulling van het oorzaakbegrip in dat de oorzaak van de verbintenis van de ene partij ligt in het voorwerp van de verbintenis van de andere partij, en omgekeerd. De oorzaak wijst derhalve op een intern evenwicht tussen de wederzijdse contractuele prestaties. Een partij verbindt zich in een wederkerige overeenkomst immers tot een bepaalde verbintenis, teneinde de beloofde tegenprestatie te bekomen (het *quid pro quo* of het *do ut des*).²⁰⁵²

701. *Uitholling van de aard van het contract of van de obligatoire band tussen partijen (strijdigheid met openbare orde)* – De klassieke invulling van het oorzaakvereiste schoot al gauw tekort als grondslag van het uithollingsverbod. De rechtspraak vulde dit verbod immers ruimer in.²⁰⁵³ KRUITHOF illustreert deze ruime invulling aan de hand van de rechtspraak over de exonerationbedingen bij parkingcontracten. Inzake parkingcontracten die door de rechter als contract van bewaargeving werden gekwalificeerd, werd herhaaldelijk beslist dat de exonerationclausule die de bewakings- en teruggaveverbintenis teniet doet, elke betekenis aan de overeenkomst ontnemt. Nochtans leidt dat exonerationbeding er niet toe dat de uitbater geen enkele verbintenis meer heeft. Hij dient immers nog steeds een parkeerplaats ter beschikking te stellen aan de medecontractant gedurende een bepaalde tijdsspanne. Het exonerationbeding ontnemt iedere betekenis aan de bewaargevingsovereenkomst, maar als huurovereenkomst heeft het parkingcontract wel nog een oorzaak.²⁰⁵⁴

Teneinde deze ruime rechtspraak juridisch te onderbouwen, werd een nieuwe grondslag gezocht en gevonden. Een exonerationbeding werd voortaan strijdig geacht met de openbare orde, en is derhalve nietig, indien het beding iedere betekenis ontnemt *aan de aard van het contract dat partijen beoogden tot stand te brengen*. Er wordt niet langer vereist dat het exonerationbeding de oorzaak van de overeenkomst zou wegnemen.²⁰⁵⁵ Een andere formulering, die o.i. evenwel nauwelijks afwijkt van de voorgaande formulering, is dat een exonerationbeding dat het voorwerp van een wezenlijke verbintenis teniet doet, *de obligatoire band tussen de partijen* te sterk verzwakt. Het beding tast daardoor de essentie en het nut van de overeenkomst aan. Dergelijk beding dat het voorwerp van een wezenlijke verbintenis teniet doet, is absoluut nietig wegens strijdigheid met de openbare orde.²⁰⁵⁶ Opvallend is

²⁰⁵⁰ L. CORNELIS, “Les clauses d’exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass. 22 maart 1979), *RCJB* 1980, (196) 207 (deze auteur noemt dit wat verwarrend het verlenen van een potestatief karakter aan een hoofdverbintenis); R. KRUITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 281; J. VAN RYN, “Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité”, *RGAR* 1931, 703-2/3. Zie op impliciete wijze ook E. DIRIX, “Exonerationbedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1191.

²⁰⁵¹ L. CORNELIS, “Les clauses d’exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass. 22 maart 1979), *RCJB* 1980, (196) 207 en 209.

²⁰⁵² Voor referenties, zie *supra*, nrs. 491-492.

²⁰⁵³ R. KRUITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 281.

²⁰⁵⁴ Zie M. FAURE, “De toepassing van exonerationbedingen in het parkeercontract”, *RW* 1982-83, (2162) 2168-2169 en de verwijzingen aldaar opgenomen. Zie ook R. KRUITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 281-282; A. VAN OEVELEN, “Exonerationbedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 18.

²⁰⁵⁵ R. KRUITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, (233) 282. In dezelfde zin, A. VAN OEVELEN, “Exonerationbedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 18.

²⁰⁵⁶ N. CARETTE, “Exonerationbedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 83; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 166-167; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1264 en 1284. Zie ook M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, 1999, 191; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 63-64.

dat met deze grondslag de subjectieve beweegredenen van de partijen mee in rekening worden gebracht. Een verbintenis wordt immers als wezenlijk beschouwd op basis van de aard van de overeenkomst alsook op basis van de bedoeling van de partijen.²⁰⁵⁷

702. *Uitvoering in strijd met de goede trouw* – Het beginsel van de uitvoering van de overeenkomst te goeder trouw verzet zich ertegen dat de schuldenaar, nadat hij het contract heeft uitgehouden via de opname van een exonerationebeding in het contract, zich op het voordeel van dat ingrijpende beding wil beroepen. Het uithollingsverbod bij exonerationebedingen wordt door sommige auteurs dan ook beschouwd als een toepassing van de leer inzake de goede trouw.²⁰⁵⁸ Terecht wordt opgeworpen dat daarmee geen daadwerkelijke grondslag voor het uithollingsverbod wordt aangewezen. De schuldenaar handelt immers slechts in strijd met de goede trouw, *nadat* een andere norm het beding als ongeoorloofd bestempelt en het onaanvaardbaar acht dat een contractpartij zich bevrijdt voor de niet-nakoming van een essentiële verbintenis.²⁰⁵⁹

703. *Controle op rechtsmisbruik als bijkomend controlemiddel* – Dat sommige auteurs voor de juridische grondslag van het uithollingsverbod een beroep doen op het verbod op rechtsmisbruik, is niet verwonderlijk. Beide controles op het exonerationebeding omvatten immers een combinatie van een rechterlijke toetsing *in abstracto* en *in concreto*. Teneinde de uitholling van de overeenkomst vast te stellen, gaat de rechter immers niet enkel op zoek naar de wezenlijke verbintenissen in het contract, maar gaat hij ook de gevolgen van het exonerationebeding na, rekening houdend met de gepleegde tekortkoming en de veroorzaakte schade.²⁰⁶⁰ De toetsing op rechtsmisbruik bij het beroep op het exonerationebeding door de schuldenaar vormt evenwel slechts een bijkomend controlemiddel. Daar waar de toetsing van het uithollingsverbod een *controle op de geldigheid van het beding* uitmaakt, brengt de toetsing op rechtsmisbruik een *controle op de uitoefeningswijze van het recht in de concrete omstandigheden* met zich mee. Beide controlemechanismen moeten duidelijk onderscheiden worden.²⁰⁶¹

iii. Toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties via het uithollingsverbod: toepassingsgevallen uit de rechtspraak

704. *Vraagstelling* – Het objectieve oorzaakvereiste werd verworpen als grondslag van het uithollingsverbod bij exonerationebedingen ten voordele van de uitholling van de aard van het contract of van de obligatoire band tussen partijen (strijdigheid met de openbare orde). Met het objectieve oorzaakvereiste wordt in ons recht enkel het *formele evenwicht* tussen de contractuele hoofdprestaties nagegaan. Dit vereiste kan in geen geval door de rechter worden ingezet als een instrument om het evenwicht tussen de hoofdprestaties ook inhoudelijk te beoordelen.²⁰⁶²

²⁰⁵⁷ In die zin volgt deze rechtspraak inzake het uithollingsverbod ook de verruimde invulling die gegeven wordt aan het oorzaakbegrip. Zie ook *supra*, nrs. 491-494.

²⁰⁵⁸ P. VAN OMMESELAGHE, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge”, in X. (ed.), *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, 197. Zie ook E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, 2001, (393) 421.

²⁰⁵⁹ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 166.

²⁰⁶⁰ B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 64 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 167, voetnoot 156.

²⁰⁶¹ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 166-167, in het bijzonder voetnoot 156.

²⁰⁶² *Supra*, nr. 495.

De vraag rijst of de ruimere invulling die door de rechtspraak aan het uithollingsverbod werd gegeven, en daarmee gepaard de andere grondslag die voor dit verbod werd aangereikt, er niet toe geleid heeft dat de rechter bij de toetsing van het exonerationbeding aan het uithollingsverbod ook oog heeft gekregen voor het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. In de rechtspraak lijken in ieder geval sporen terug te vinden die erop wijzen dat het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties door de rechter mee in rekening wordt gebracht, wanneer hij het exonerationbeding beoordeelt in het licht van het uithollingsverbod. Dat zal uiteraard slechts mogelijk zijn bij wederkerige overeenkomsten.²⁰⁶³

705. *Overzicht* – Allereerst bespreken we enkele arresten waar het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties door de rechter expliciet wordt betrokken bij zijn toetsing van het exonerationbeding aan het uithollingsverbod. Vervolgens wijzen we op rechtspraak waar via de rechterlijke toetsing van het exonerationbeding aan het uithollingsverbod ook onrechtstreeks een correctie op het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties lijkt te worden doorgevoerd.

➤ *Rechtstreekse toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties: Promedia-arresten*

706. *Exonerationbeding* – In een aantal arresten heeft een rechter zich gebogen over een exonerationclausule die opgenomen was in de algemene voorwaarden van de uitgeverij *Promedia*, die instaat voor de jaarlijkse uitgave van de telefoongidsen.

707. *Inhoud van het exonerationbeding* – De exonerationclausule was als volgt opgesteld: “*La responsabilité de Promedia, ne sera engagée pour d’éventuelles erreurs, fautes d’impression ou de composition, classement sous une ou plusieurs rubriques différentes de celles mentionnées sur le bon de commande et/ou omission d’une partie du texte et/ou des reproductions, illustrations, marques, logos, etc. même ceux qui lui sont fournis par le signataire, que s’il est prouvé que ces erreurs résultent d’un dol dans son chef. Les parties reconnaissent expressément que Promedia souscrit à une obligation de moyens uniquement et non à une obligation de résultat.*”

708. *Rechtspraak hof van beroep te Luik* – Het hof van beroep te Luik heeft zich in verschillende arresten uitgesproken over de geldigheid van deze exonerationclausule. Opvallend is dat het hof het beding in beginsel als een geldig exonerationbeding kwalificeert. Wel gaat het hof na of het beding, gelet op de concrete omstandigheden, niet *geneutraliseerd* moet worden omdat het een kennelijk onevenwicht tussen de wederzijdse prestaties zou teweeg brengen en het contract alle nut voor de medecontractant zou verliezen (“*que la seule portée que l’appelante voudra lui donner suivant les circonstances pourra éventuellement commander qu’elle soit neutralisée parce qu’il y aurait déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques et que le contrat perdrait presque entièrement son intérêt pour l’intimée*”).

709. *Luik 13 april 1995*²⁰⁶⁴ – Een onderneming wenst, net als de vorige jaren, vermeld te worden in de gouden gids en plaatst daartoe een bestelling bij uitgeverij *Promedia*. De onderneming wenst wel een aantal wijzigingen door te voeren ten aanzien van de vermelding van het vorige jaar, zoals een

²⁰⁶³ Ook bij een eenzijdig contract waarin een exonerationbeding werd opgenomen, kan dit exonerationbeding aan het uithollingsverbod getoetst worden. Deze toetsing zal evenwel geen controle van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengen.

²⁰⁶⁴ Luik 13 april 1995, *JLMB* 1996, 98.

aangepaste firmanaam (*Brahy NV* in plaats van *BVBA Brahy Christian*), een aangepaste specialisatie (*specialisatie dakwerken* in plaats van *algemene bouwonderneming*) alsook aangepaste contactgegevens. De vermeldingen worden op een aantal plaatsen in de gouden gids opgenomen. Enkele advertenties bevatten de correcte gegevens, maar een aantal andere advertenties binnen de gids vermelden daarentegen de oude gegevens. Promedia erkent gedeeltelijk een fout in zijn hoofde en vermindert het factuurbedrag. De onderneming weigert evenwel de factuur te betalen, waarop Promedia betaling van de prijs vordert voor de rechter. Bij de beoordeling van het exonatiebeding oordeelt het hof “*qu’appliquer au cas d’espèce la clause d’exonération (...) serait permettre à l’appellante de se dégager de ses obligations les plus élémentaires et d’abuser ses contractants sur ses qualités de professionnelle de la publicité*”. Verder overweegt het hof nog “*que c’est le prix d’annonces incontestablement dépréciées dont l’appellante réclame paiement mais que ce serait rompre l’équilibre qui doit exister entre les obligations des parties que de permettre à l’intimée de refuser tout paiement tandis que l’appellante a, pour partie et dans une mesure dont l’intimée tire profit, exécuté le contrat de publicité*”.

710. Luik 25 januari 1996²⁰⁶⁵ – Ook in deze zaak werd door uitgeverij Promedia een vermelding, inclusief logo, opgenomen in de gouden gids die niet volledig overeenstemt – in het bijzonder betreffende het formaat van het logo en de huisstijl van de klant – met de advertentie die de klant heeft aangevraagd. De uitgever erkent dat zijn productiedienst niet nauwkeurig genoeg tewerk is gegaan, waarop twee kredietnota’s worden uitgeschreven tot vermindering van de prijs. Bij de beoordeling van het exonatiebeding oordeelt het hof “*que cette clause limitative de responsabilité n’est pas nulle en soi; que la seule portée que l’appelante voudra lui donner suivant les circonstances pourra éventuellement commander qu’elle soit neutralisée parce qu’il y aurait déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques et que le contrat perdrait presque entièrement son intérêt pour l’intimée (...)*”. Dezelfde redenering werd door het hof in een later arrest met gelijkaardige feiten hernomen.²⁰⁶⁶

711. *Evaluatie Promedia-rechtspraak* – Bovenvermelde arresten zijn allerm minst een toonbeeld van duidelijkheid. DUBUISSON redeneert dat er een overgang van een abstracte controle (van de geldigheid van het exonatiebeding) naar een concrete controle (in het kader van rechtsmisbruik) plaats vindt, maar dat deze overgang duidelijker naar voor zou moeten komen.²⁰⁶⁷ O.i. voert het hof van beroep in deze arresten geen toetsing door in het kader van rechtsmisbruik. De vermeende toetsing van exonatiebedingen aan de theorie inzake rechtsmisbruik die het hof in deze arresten zou doorvoeren volgens DUBUISSON²⁰⁶⁸, lijkt veeleer een toetsing van het exonatiebeding aan het uithollingsverbod. Verschillende elementen wijzen in die richting. Vooreerst beperkt de rechter de (voorafgaande) controle van de geldigheid van het beding tot de vaststelling dat de uitgeverij zich niet exonereert voor zijn eigen bedrog. Het uithollingsverbod wordt daarbij niet in overweging genomen. Daarnaast wordt in de vermeende controle op rechtsmisbruik geen melding gemaakt van het algemene criterium inzake rechtsmisbruik²⁰⁶⁹, maar wordt wel verwezen naar het criterium dat doorgaans toegepast wordt bij het uithollingsverbod (“*de overeenkomst verliest bijna alle belang door het beding*”).²⁰⁷⁰

²⁰⁶⁵ Luik 25 januari 1996, *JLMB* 1996, 520, noot P.H.

²⁰⁶⁶ Luik 17 oktober 1997, *TBBR* 1998, 354. Zie ook Luik 19 oktober 1993, *TBH* 1994, 702 en *JLMB* 1993, 1434 (verkort).

²⁰⁶⁷ B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie et droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 67.

²⁰⁶⁸ Waarbij in de eerste plaats verwezen wordt naar de arresten van 19 oktober 1993, 25 januari 1996 en 17 oktober 1997.

²⁰⁶⁹ Dit is het uitoefenen van een recht op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon. Zie *supra*, nrs. 589 e.v.

²⁰⁷⁰ Ook VAN OEVELEN merkt op dat in de gepubliceerde rechtspraak nog maar één uitspraak te vinden is, waarin op grond van rechtsmisbruik aan een schuldenaar het recht werd ontzegd om zich op een exonatiebeding te beroepen (met name Gent

Met deze formulering bij het onderzoek naar de geldigheid van het exonerationebeding lijkt het hof veeleer in het voetspoor te (willen) treden van enkele auteurs die de grondslag van het uithollingsverbod leggen in de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst.²⁰⁷¹ Ook al is het niet verwonderlijk dat bij toepassing van het geldigheidsvereiste van het uithollingsverbod aansluiting wordt gezocht bij het verbod op rechtsmisbruik,²⁰⁷² toch moeten beide controles duidelijk onderscheiden worden. Met een recenter arrest in een zaak met gelijkaardige feiten zet het hof van beroep te Luik in dat verband al een eerste, weliswaar voorzichtige, stap in de goede richting.

712. *Luik 7 maart 2006*²⁰⁷³ – Het toetredingscontract tussen telecomoperator Belgacom en zijn abonnees omvat de verbintenis in hoofde van Belgacom om in de universele (of witte) telefoongids de gegevens op te nemen van de personen die aangesloten zijn bij de operator voor standaarddiensten van vocale telefonie. Bij toestemming van de abonnee worden bijkomende gegevens, zoals de professionele activiteit, opgenomen. In onderhavige zaak zijn de gegevens van de abonnee, een begrafenisondernemer, bij vergissing niet onder de letter *L* opgenomen, waar de gegevens de voorgaande jaren wel waren ondergebracht. Daardoor verloopt het opzoeken van de contactgegevens van de onderneming uitermate moeilijk. De abonnee dagvaardt Belgacom tot vergoeding van de geleden commerciële schade. De telecomoperator werpt volgend exonerationebeding uit haar algemene voorwaarden op: “*Sans préjudice des dispositions des paragraphes précédents, la responsabilité de Belgacom n’est engagée qu’en cas de dol ou de faute grave dans son chef ou dans le chef d’un de ses employés. Dans ce dernier cas, sa responsabilité se limite à la réparation des seuls dommages prévisibles, directs, personnels et certains que le client subi, à l’exclusion de la réparation de tous dommages indirects ou immatériels, tels que les dépenses supplémentaires, les manques à gagner, les pertes de bénéfices, les pertes de clientèle, les pertes ou détériorations de données et les pertes de contrats*”.

Bij de beoordeling van deze exonerationeclausule overweegt het hof dat het uitgeven en drukken van een telefoonboek omwille van zijn omvang haast onvermijdelijk een aantal fouten met zich meebrengt. Door de bevrijding van zijn aansprakelijkheid bij fouten, andere dan zijn bedrieglijke of opzettelijke fouten, vernietigt de operator niet het voorwerp van zijn verbintenis. Verwijzend naar zijn eigen vroegere rechtspraak in deze problematiek, overweegt het hof van beroep daarna als volgt: “*L’intimée, qui se base sur une jurisprudence qui concerne une commande relative aux pages commerciales ne démontre pas en quoi, en l’espèce, cette clause ‘crée un déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques’. L’édition des pages blanches fait partie de la mission de service universel et les mentions figurent dans l’annuaire sont gratuites. (...) Partant, il n’y a pas lieu d’annuler la clause.*” Het hof verwerpt de vordering tot vernietiging van het exonerationebeding. Anders dan in de vorige arresten behandelt het hof het uithollingsverbod – en in het kielzog van dat verbod ook het kennelijk onevenwicht tussen de wederzijdse prestaties – duidelijk als een geldigheidsvereiste van exonerationebedingen.

713. *Besluit Promedia-arresten: toetsing van het evenwicht tussen contractuele hoofdprestaties in kader van uithollingsverbod* – Bovenstaande arresten van het hof van beroep te Luik tonen duidelijk aan dat het (on)evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties door de rechter expliciet betrokken

4 juni 1986, *Computerr.* 1986, 265, noot K. VAN HOECKE). Zie A. VAN OEVELEN, “Exonerationebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 29.

²⁰⁷¹ *Supra*, nrs. 702-703.

²⁰⁷² In geval van beide controles gaat het immers om een combinatie van een rechterlijke beoordeling *in abstracto* en *in concreto*. Zie *supra*, nr. 703.

²⁰⁷³ Luik 7 maart 2006, *JLMB* 2006, 834.

wordt in zijn toetsing van het exoneratiebeding aan het uithollingsverbod. Onderstaande rechterlijke uitspraken bevestigen dat dit geen alleenstaande rechtspraak van het hof van beroep van Luik betreft.

714. *Brussel 7 december 1977*²⁰⁷⁴ – Geïntimeerden stellen een vordering in tegen NV Halbart, in zijn hoedanigheid van lasthebber-afzender en vervoerder, tot vergoeding van de schade die ze hebben geleden door het verlies en de gebreken die vastgesteld werden bij de levering van hun waren. NV Halbart beroept zich op volgend exoneratiebeding, opgenomen in de algemene voorwaarden van de Expéditeurs van België: “*Si aucun ordre d’assurer n’a été donné à l’expéditeur, celui-ci est autorisé à supposer que tous les risques afférents à l’expédition, le transport et l’entreposage des marchandises ont été assurés par une des parties intéressées à ces opérations (...). L’expéditeur n’assume par conséquent aucune responsabilité du chef de pertes ou d’avaries pouvant faire l’objet d’une telle assurance (...)*”

Het hof van beroep beoordeelt het exoneratiebeding als volgt: “*Que ne s’agissant pas d’une faute dolosive ou intentionnelle dans le chef de la S.A. Halbart, la faculté d’exonération est, en l’espèce, justifiée par deux principes: d’une part, l’obligation en cause étant contractuelle, l’opération toute entière, clause d’exonération comprise, est régie par l’autonomie de la volonté des parties (...); d’autre part, la clause litigieuse ne vise que des intérêts privés dont les contractants avaient la libre disposition, à condition que ne soit pas rompu l’équilibre des prestations entre parties dans une mesure telle que l’objet même du contrat en serait anéanti.*” (eigen onderlijning) Het hof paste het exoneratiebeding in deze zaak toe.

715. *Kh. Brussel 24 september 1986*²⁰⁷⁵ – De eisers deden voor een verhuizing van hun inboedel naar de Verenigde Staten een beroep op een gespecialiseerde verhuisfirma. Bij de verhuizing van hun meubelen uit hun eerste woonst raakt een meubel vernield door het breken van één van de koorden. Daarnaast merken de eisers bij de aankomst van hun goederen in San Francisco op dat o.m. een tafel in marmer en een bibliotheekkast beschadigd zijn.

Bij de beoordeling van het exoneratiebeding overweegt de rechtbank als volgt: “*Attendu que la clause d’exonération de responsabilité, compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été stipulée, a rompu l’équilibre des obligations réciproques, portant atteinte à l’essence même du contrat; que le contrat fut conclu entre un professionnel du déménagement et un simple consommateur; que la clause litigieuse (...) a été présentée aux demandeurs sans que ceux-ci aient, réellement, la possibilité de la discuter; qu’une telle clause permet à son bénéficiaire d’exécuter fautivement les obligations qu’il a assumées, et cela en pleine impunité, tout en laissant, l’autre partie sans recours; que cela revient à reprendre d’une main (...) ce que l’on est censé d’avoir donné à l’autre (...); qu’en d’autres termes, la clause litigieuse tend à vider les engagements de la défenderesse d’une bonne partie de leur substance et à altérer la nature du contrat; qu’une telle clause est contraire à l’ordre public et partant, nulle en vertu de l’article 6 du Code civil.*” (eigen onderlijning)

➤ *Onrechtstreekse toetsing van het evenwicht tussen de contractuele prestaties*

716. *Algemeen* – Naast de bovenstaande rechtspraak waar het (on)evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties expliciet betrokken wordt bij de toetsing van het exoneratiebeding aan het uithollingsverbod, brengt deze toetsing van exoneratiebedingen vaak op onrechtstreekse wijze een correctie op het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich mee. We illustreren dit aan de hand van volgend arrest.

²⁰⁷⁴ Brussel 7 december 1977, RGAR 1978, nr. 9952.

²⁰⁷⁵ Kh. Brussel 24 september 1986, RGAR 1988, nr. 11387.

717. *Antwerpen 20 september 2004*²⁰⁷⁶ – Bij de levering van stookolie vindt een overloop plaats waardoor een hoeveelheid stookolie uit de stookolietank kan ontsnappen. Op het ogenblik van het schadegeval houdt de eigenaar het peilglas in het oog, terwijl de leverancier zich bij de vulopening bevindt en toezicht uitoefent op het vulpistool. Na het vullen van de stookolietank ondertekent de eigenares de leveringsbon, waar op de voorzijde de verkoopsvoorwaarden opgenomen staan. De voorwaarden bevatten o.m. volgend exonerationebeding: *“Het lossen geschiedt op risico van de klant.”* De leverancier vordert de betaling van de levering van de stookolie, terwijl de eigenaar op zijn beurt vergoeding van de geleden schade vordert. Aangaande de beoordeling van het exonerationebeding merkt het hof op dat *“dit beding elke betekenis aan het contract ontnemt en derhalve niet geldig is. Een exonerationebeding is immers steeds nietig wanneer de door de schuldenaar aangegane verbintenis daardoor teniet zou worden gedaan en aldus iedere zin of betekenis aan de overeenkomst wordt ontnomen. (...) Het leveren van stookolie door een leverancier impliceert steeds dat deze stookolie ook wordt gelost bij de klant, zodat ieder risico voor het lossen bij de klant leggen, elke betekenis aan de leveringsplicht van de leverancier ontnemt”*.

Strikt genomen leidt het bovenvermelde exonerationebeding er niet toe dat het voorwerp van de verbintenis, met name het leveren van de stookolie, volledig wordt teniet gedaan. De leverancier is immers nog steeds gebonden om de stookolie te leveren. Alleen gebeurt het lossen van de stookolie volledig op risico van de eigenaar. Een normale correcte levering van de stookolie wordt daardoor contractueel gelijkgesteld aan een levering die schade meebrengt voor de eigenaar van de tank. Door de uitholling van de leveringsplicht in hoofde van de leverancier ontstaat soms ook een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.²⁰⁷⁷ De toetsing van het exonerationebeding aan het uithollingsverbod kan in die zin ook onrechtstreeks het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties corrigeren.

c. Evaluatie van een afstapping van de loutere toetsing van contractuele hoofdprestaties

718. *Nuancering scheidingslijn contractuele hoofdprestaties en contractuele rechten en plichten* – De rechterlijke toetsing van een exonerationebeding aan het uithollingsverbod heeft betrekking op een wezenlijke verbintenis, en is derhalve gericht op de contractuele hoofdprestaties. Met de toetsing van exonerationebedingen begeeft men zich in beginsel echter enkel op het domein van de toetsing van contractuele rechten en plichten, zodat de scheidingslijn tussen de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, enerzijds, en de toetsing van de contractuele rechten en plichten, anderzijds, geen absolute scheidingslijn is. Bij exonerationebedingen die een wezenlijke verbintenis uithollen, komt men eigenlijk op het raakvlak van deze twee vormen van rechterlijke controle.

Het samenlopen van deze twee toetsingen heeft evenwel zijn beperkingen. Vooreerst moet er een exonerationebeding in de overeenkomst opgenomen zijn, opdat een toetsing aan het uithollingsverbod kan plaats vinden. Daarenboven zal een toetsing van een exonerationebeding aan het uithollingsverbod slechts een controle op het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengen in een wederkerige overeenkomst. Wanneer het exonerationebeding strijdig bevonden wordt met het uithollingsverbod, wordt het beding vernietigd. De schuldenaar zal derhalve moeten presteren, waardoor het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties hersteld wordt. In die zin komt men bij toepassing van het uithollingsverbod tot een vergelijkbaar resultaat als bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling, met die nuancering dat de rechter bij toepassing van de

²⁰⁷⁶ Antwerpen 20 september 2004, RW 2007-2008, 539, tevens aangehaald door A. VAN OEVELEN, “Exonerationebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 19.

²⁰⁷⁷ Het onevenwicht ontstaat niet steeds, in die zin dat een lagere prijs zou kunnen worden afgesproken ter compensatie van het verregaande exonerationebeding. *Infra*, nrs. 1075 e.v.

nietigheidssanctie bij de gekwalificeerde benadeling ook tot een meer ingrijpend herstel kan besluiten.²⁰⁷⁸

719. *Gekwalificeerde benadeling: beperking tot toetsing van de contractuele hoofdprestaties* – De gekwalificeerde benadeling is een rechtsfiguur die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt. Dat deze rechtsfiguur een toepassing vormt van de buitencontractuele aansprakelijkheid neergelegd in artikel 1382 e.v. B.W., waar iedere vorm en hoegrootheid van schade in beginsel in aanmerking komt voor vergoeding, doet daaraan geen afbreuk. De gekwalificeerde benadeling vormt weliswaar een toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, doch dit vereist op zich niet dat de toepassingsvoorwaarden van beiden volledig dienen samen te vallen.²⁰⁷⁹ De gekwalificeerde benadeling vormt een toepassing – en onderscheidt zich daardoor ook – van het algemene leerstuk van de *culpa in contrahendo*, doordat enkel een specifieke vorm van schade in aanmerking wordt genomen, met name een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. We pleiten er dan ook voor om in het kader van de gekwalificeerde benadeling de rechterlijke toetsing in beginsel te beperken tot het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Het benadelingsvereiste vervangen door een nadeelsvereiste zou o.i. leiden tot een te ruime toepassing van deze rechtsfiguur. Andere toetsingsmogelijkheden staan hier ter beschikking van de contractpartijen, zoals de toetsing aan de geldigheidsvereisten van schadebedingen, exoneratiebedingen, opzegbedingen, ..., de toetsing aan het verbod op rechtsmisbruik, en in geval van consumentencontracten de onrechtmatige bedingenleer.

Het bovenstaande houdt echter niet in dat de rechter bij de controle op gekwalificeerde benadeling geen oog mag hebben voor de bijkomende rechten en plichten van partijen. Uit onze kroniek van de rechtspraak blijkt trouwens dat dit in de praktijk ook daadwerkelijk gebeurt.²⁰⁸⁰ Het onderscheid tussen beide luiken van het contractuele evenwicht kan immers niet steeds strikt worden gescheiden. De bijkomende contractuele prestaties die nauw verband houden met de hoofdprestaties, kunnen derhalve door de rechter wel mee in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de gekwalificeerde benadeling.

§3. Oorzakelijk verband: benadeling ten gevolge van misbruik van omstandigheden

A. Oorzakelijk verband overeenkomstig artikel 1382 B.W.

720. *Algemeen* – Naast de fout en de schade dient tevens een oorzakelijk verband tussen beide elementen te worden aangetoond.²⁰⁸¹ Een fout kan vanzelfsprekend slechts als oorzaak van een schadegeval worden beschouwd, indien deze fout werd begaan voordat de schade is ingetreden.²⁰⁸²

721. *Equivalententieleer* – Voor het vaststellen van het oorzakelijk verband wordt in België de equivalententieleer gehanteerd.²⁰⁸³ Een causaal verband tussen fout en schade is aanwezig, indien de

²⁰⁷⁸ Zie hieromtrent *infra*, nrs. 734-738.

²⁰⁷⁹ Hetzelfde geldt bv. voor de theorie van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, en diens specifieke toepassingsvoorwaarden, die ook als een toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels wordt beschouwd. Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 228 e.v.

²⁰⁸⁰ *Supra*, nrs. 355 en 364.

²⁰⁸¹ Cass. 1 april 2004, *RW* 2004-2005, 106, noot I. BOONE; Cass. 13 oktober 1992, *Arr. Cass.* 1995, 886; Cass. 27 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 946 en *Pas.* 1980, I, 931. Zie ook DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 959.

²⁰⁸² H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1875.

²⁰⁸³ Zie o.m. Cass. 22 april 2004, *RW* 2004-2005, 827, noot B. WEYTS; Cass. 30 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1079, *Pas.* 2003, I, 905; Cass. 6 februari 2003, *Arr. Cass.* 2003, 338, *Pas.* 2003, 239; Cass. 3 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 250; Cass. 4

schade zoals deze zich *in concreto* heeft voorgedaan, zich zonder de fout niet zou hebben verwezenlijkt.²⁰⁸⁴ Van zodra één of meer fouten als noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de schade worden aangewezen, wordt geen verder onderscheid meer gemaakt naar gelang het relatieve belang van deze verschillende voorwaarden. Alle noodzakelijke voorwaarden van een bepaalde schade hebben deze schade op een gelijkwaardige manier veroorzaakt. Deze fouten zijn causaal gelijkwaardig.²⁰⁸⁵ Enkel de omstandigheid dat de aangevoerde fout geen noodzakelijke voorwaarde is geweest voor de schade, kan de aangesprokene ontslaan van zijn aansprakelijkheid.²⁰⁸⁶

Om vast te stellen of er tussen de fout en de schade een *conditio sine qua non*-verband bestaat, zal de rechter de foutieve handeling wegdenken en nagaan of de schade, zoals ze zich *in concreto* voordeed, zich in die situatie ook zou hebben voorgedaan.²⁰⁸⁷

722. *Fout van het slachtoffer*²⁰⁸⁸ – Het onderzoek naar het oorzakelijk verband tussen fout en schade wordt complexer, indien het bestaan of de omvang van de schade ook aan andere factoren dan de fout van de verweerder te wijten is, bijvoorbeeld aan een fout van het slachtoffer zelf.²⁰⁸⁹ Het feit dat er naast de fout van de verweerder andere noodzakelijke voorwaarden zijn voor de schade, verbreekt het oorzakelijk verband met deze fout niet. Wel geeft een samenlopende fout van de benadeelde of van een derde aanleiding tot een aansprakelijkheidsverdeling.²⁰⁹⁰

december 1950, *Pas.* 1951, I, 201; I. DURANT, “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (39) 67; I. DURANT, “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement”, in P. WÉRY (ed.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, 2007, (37) 39; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 417; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 31 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 765; Zie ook H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1878-1879.

²⁰⁸⁴ Zie o.m. Cass. 26 juni 2008, AR C.07.0272.N, www.cass.be; Cass. 22 april 2004, RW 2004-2005, 827, noot B. WEYTS; Cass. 30 april 2003, Arr. Cass. 2003, 1079, *Pas.* 2003, I, 905; Cass. 21 februari 2001, Arr. Cass. 2001, 346, *Pas.* 2001, 344; Cass. 23 november 1999, Arr. Cass. 1999, 479; Cass. 25 maart 1997, Arr. Cass. 1997, 399; Cass. 20 december 1996, Arr. Cass. 1996, 1243; H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalententieleer”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 227; H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1634; I. DURANT, “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement”, in P. WÉRY (ed.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, 2007, (37) 39; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1876-1877; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 42-43; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 765 en 775.

²⁰⁸⁵ H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalententieleer”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 227; I. DURANT, “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement”, in P. WÉRY (ed.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, 2007, (37) 43-44; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 417-418; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 14-15. Zie ook I. BOONE, “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit”, in X. (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, 2004, (51) 53.

²⁰⁸⁶ H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1877.

²⁰⁸⁷ H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalententieleer”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 215; H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1635; I. DURANT, “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement”, in P. WÉRY (ed.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, 2007, (37) 40; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 429; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 57.

²⁰⁸⁸ Voor een uitgebreide bespreking van de fout van het slachtoffer in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, zie B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2003, 565 p.

²⁰⁸⁹ H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1637.

²⁰⁹⁰ H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalententieleer”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 233; H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1638; I. BOONE, “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit”, in X. (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, 2004, (51) 54; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1907; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 821.

Wanneer de benadeelde zelf een fout beging, vermindert het recht op schadeloosstelling van de benadeelde, voor zover hij zelf een fout heeft begaan die in oorzakelijk verband staat met de geleden schade. Het feit dat de benadeelde die zijn schade deels aan zijn eigen onvoorzichtigheid of onoplettendheid te wijten heeft, van de aansprakelijke een integrale schadevergoeding zou bekomen, wordt strijdig geacht met de billijkheid.²⁰⁹¹ Hoe de verdeling van aansprakelijkheid tussen de verweerder en het slachtoffer dan precies dient te gebeuren, staat niet eenduidig vast.²⁰⁹² Hiertoe lijken in rechtspraak en rechtsleer twee criteria te worden gehanteerd, met name de ernst van de respectievelijke fouten en de invloed ervan op de totstandkoming van de schade.²⁰⁹³

723. *Opzettelijke fout van bevoordeelde of benadeelde partij* – Bovenstaande vaststellingen moeten genuanceerd worden in geval van een opzettelijke fout. De bevoordeelde partij die een opzettelijke fout begaat, kan zich niet beroepen op een niet-opzettelijke fout van de benadeelde om een aansprakelijkheidsverdeling te bekomen.²⁰⁹⁴ In een beginsel arrest van 6 november 2002 heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk bevestigd dat “het algemeen beginsel *fraus omnia corrumpit*, dat verbiedt bedrog of oneerlijkheid aan te wenden om schade te berokkenen of winst te behalen, uitsluit dat de dader van een opzettelijk misdrijf, dat zijn burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang brengt, aanspraak kan maken op een vermindering van de aan de getroffene van dat misdrijf verschuldigde vergoedingen, wegens de onvoorzichtigheden of nalatigheden die deze zou hebben begaan”.²⁰⁹⁵ Met dit arrest is het Hof van Cassatie van zijn vroegere rechtspraak afgeweken.²⁰⁹⁶ Met deze uitspraak volgt het Hof van Cassatie de stelling van ROMAIN, die stelde dat het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* uitsluit dat de dader van een opzettelijk misdrijf aanspraak kan maken op een vermindering van de aan het slachtoffer van dit misdrijf verschuldigde vergoeding, wegens de onvoorzichtigheid die dit slachtoffer zelf zou hebben begaan.²⁰⁹⁷ Als opzettelijke fout wordt beschouwd de fout die wetens en willens is begaan met het opzet om schade te berokkenen.²⁰⁹⁸ Deze uitspraak van het Hof van Cassatie vormt een uitzondering op de equivalentietheorie, die gerechtvaardigd wordt door het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*.²⁰⁹⁹ Aangenomen wordt dat de uitzondering op het beginsel van aansprakelijkheidsverdeling ook in omgekeerde richting geldt: de benadeelde die een opzettelijke fout beging, heeft geen recht op aansprakelijkheidsverdeling of schadevergoeding, ook niet op een

²⁰⁹¹ M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 92.

²⁰⁹² VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 433.

²⁰⁹³ H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1639; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1911-1912; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 100.

²⁰⁹⁴ H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentietheorie”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 235 en 239 e.v.

²⁰⁹⁵ Cass. 6 november 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2383, *Pas.* 2002, 2103, concl. adv.-gen. J. SPREUTELS, *JT* 2003, 579, noot J. KIRKPATRICK, *RCJB* 2004, 267, noot F. GLANSDORFF, *RW* 2002-2003, 1629, noot B. WEYTS, *T. Verz.* 2003, 815, noot P. GRAULUS.

²⁰⁹⁶ Zie Cass. 18 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1157; Cass. 17 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 908.

²⁰⁹⁷ M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 105; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 868.

²⁰⁹⁸ H. BOCKEN, “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentietheorie”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (213) 240; I. BOONE, “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit”, in X. (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, 2004, (51) 56-57.

²⁰⁹⁹ I. DURANT, “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement”, in P. WERY (ed.), *Droit des obligations: développements récents et pistes nouvelles*, 2007, (37) 49-50; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 438; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 868-869.

gedeeltelijke vergoeding ingeval de schade mede te wijten is aan de niet-opzettelijke fout van de dader.²¹⁰⁰

724. *Bewijs* – Het bestaan van het oorzakelijk verband dient te worden bewezen door diegene die het schadeherstel vordert.²¹⁰¹ Staat het oorzakelijk verband niet vast, dan draagt de benadeelde zelf de gevolgen en moet hij zijn schade zelf dragen.²¹⁰² Wie door het slachtoffer van een onrechtmatige daad wordt aangesproken tot integrale vergoeding van de schade en opwerpt dat het slachtoffer zelf een fout heeft begaan in oorzakelijk verband met de schade, zodat hij een deel van de schade zelf moet dragen, werpt een verweer op. Hij draagt ter zake dan ook de bewijslast.²¹⁰³

B. Misbruik van omstandigheden als oorzaak van de benadeling

1. Oorzakelijk verband tussen misbruik van omstandigheden en benadeling

725. *Ruime invulling* – Hierboven werd reeds aangegeven dat algemeen wordt aangenomen dat het misbruik een determinerend karakter moet vertonen. Deze voorwaarde geeft weer dat er een oorzakelijk verband moet bestaan tussen het misbruik van omstandigheden en de benadeling.²¹⁰⁴ Door de benadeelde partij moet derhalve worden aangetoond dat er geen benadeling zou zijn geweest, indien de medecontractant geen misbruik maakte van zijn ondergeschikte positie. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen *incidentele* of *hoofzakelijke* gekwalificeerde benadeling. Zowel indien het contract zonder het misbruik niet zou zijn gesloten *als* indien het contract zonder misbruik tegen minder nadelige voorwaarden zou zijn gesloten, ligt een oorzakelijk verband voor tussen het misbruik en de benadeling zoals die zich *in concreto* heeft voorgedaan.²¹⁰⁵ Ook het Hof van Cassatie maakte in het arrest van 29 april 1993 melding van het determinerend karakter van het misbruik op de toestemming: “(…), *la lésion qualifiée suppose (...) que l’exploitation de cette infériorité ait eu un effet déterminant sur le consentement*”.²¹⁰⁶

726. *Belang van het oorzakelijk verband* – Over het oorzakelijk verband tussen het misbruikvereiste en de benadeling kan op zich niet zoveel gezegd worden. Evenwel mag het belang van deze voorwaarde niet onderschat worden. De rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling is

²¹⁰⁰ I. BOONE, “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit”, in X. (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, 2004, (51) 56; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1913; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 103-104.

²¹⁰¹ J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1948 à 1951). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *RCJB* 1952, (55) 85; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 960; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1898 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 801.

²¹⁰² H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1869; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 61.

²¹⁰³ Cass. 18 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1157; Cass. 23 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 847; H. BOCKEN en I. BOONE, “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, (1625) 1663; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1994-1999”, *TPR* 2000, (1551) 1911; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 2007, 97.

²¹⁰⁴ *Supra*, nr. 415.

²¹⁰⁵ Het verwijzen naar het oorzakelijk verband met het begrip *determinerend karakter* kan in die zin dan ook misleidend zijn. Bij de wilsgebreken bedrog en geweld wordt dit determinerend karakter immers enger ingevuld: enkel indien de overeenkomst zonder het bedrog of het geweld niet zou zijn gesloten, is de voorwaarde van het determinerend karakter bij deze wilsgebreken vervuld. Zie STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 86 en 88.

²¹⁰⁶ Cass. 29 april 1993, *JT* 1994, 294.

net in het leven geroepen om die gevallen van benadeling die *veroorzaakt* worden door een misbruik van omstandigheden te sanctioneren. De gekwalificeerde benadeling onderscheidt zich net van de overige benadelingsgevallen, doordat aan de benadeling een misbruik ten grondslag ligt. Logischerwijze, en in overeenstemming met de toepassingsvoorwaarden van artikel 1382 B.W., moet de benadeelde partij dan ook niet enkel het misbruikvereiste en de benadeling bewijzen, maar ook het oorzakelijk verband tussen beide.

2. Fout in hoofde van de benadeelde partij

727. *Mogelijke feitenconstellaties* – De toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels toont aan dat de aanwezigheid van een fout in hoofde van de benadeelde partij een invloed heeft op de aansprakelijkheid in hoofde van de medecontractant. Deze laatste zal zijn aansprakelijkheid niet ontlopen, maar er zal wel een aansprakelijkheidsverdeling plaatsvinden tussen beiden, rekening houdend met de ernst van de fouten en hun respectievelijke invloed op de schade. In beginsel kunnen vier mogelijke feitenconstellaties worden onderscheiden: (i) opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde en de benadeelde partij, (ii) niet-opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde en de benadeelde partij, (iii) opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde partij en niet-opzettelijke fout in hoofde van de benadeelde partij en (iv) niet-opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde partij en opzettelijke fout in hoofde van de benadeelde partij.²¹⁰⁷ De gevallen waarbij de benadeelde partij opzettelijk een fout zou hebben begaan, zijn evenwel slechts theoretische denkpistes. Men kan zich moeilijk inbeelden waarom de benadeelde zichzelf benadeeld zou willen zien. Deze hypothesen worden hierna dan ook buiten beschouwing gelaten.

728. *Niet-opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde en de benadeelde partij* – Wordt de benadeling veroorzaakt door een niet-opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde partij alsmede door een niet-opzettelijke fout in hoofde van de benadeelde partij, dan zal de aansprakelijkheid tussen beide partijen overeenkomstig de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels verdeeld worden. Hierbij wordt rekening gehouden met de ernst van de respectievelijke fouten en de invloed ervan op de totstandkoming van de schade.

729. *Opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde partij en niet-opzettelijke fout in hoofde van de benadeelde partij* – Wordt de schade veroorzaakt door een opzettelijke fout in hoofde van de bevoordeelde partij en door een niet-opzettelijke fout in hoofde van de benadeelde partij, dan kan de bevoordeelde partij geen aanspraak maken op een aansprakelijkheidsverdeling ten gevolge van de onvoorzichtigheid die de benadeelde partij zou hebben begaan, dit in overeenstemming met het cassatiearrest van 6 november 2002.²¹⁰⁸

730. *Luik 28 oktober 2005* – In onze kroniek van de rechtspraak werd het arrest van het hof van beroep te Luik van 28 oktober 2005 aangehaald.²¹⁰⁹ In dit arrest werden de overeenkomsten gesloten tussen de expediteur en de zelfstandige transportonderneming vernietigd wegens gekwalificeerde benadeling.²¹¹⁰ Bij de beoordeling van de vordering van de benadeelde partij tot aanvullende

²¹⁰⁷ DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 184-185.

²¹⁰⁸ Cass. 6 november 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2383, *Pas.* 2002, 2103, concl. adv.-gen. J. SPREUTELS, *JT* 2003, 579, noot J. KIRKPATRICK, *RCJB* 2004, 267, noot F. GLANSDORFF, *RW* 2002-2003, 1629, noot B. WEYTS, *T. Verz.* 2003, 815, noot P. GRAULUS.

²¹⁰⁹ *Supra*, nr. 350.

²¹¹⁰ Uit de nietigheidssanctie op zich kan de grondslag waarop de rechter de gekwalificeerde benadeling sanctioneert niet afgeleid worden. De rechter heeft immers ook bij toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels de

schadevergoeding overweegt het hof evenwel dat de benadeelde partij ook de plicht had om, samen met zijn boekhouder, de rendabiliteit van zijn onderneming te onderzoeken, gelet op de aanzienlijke brandstofkosten en huurprijzen van het rollend materieel. Derhalve heeft hij zich schuldig gemaakt aan een toerekenbare nalatigheid, die ertoe leidt dat hij geen recht heeft op bijkomende schadevergoeding.²¹¹¹ Had het hof van beroep de gekwalificeerde benadeling gegrondvest op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels, dan zou het zich nader hebben moeten buigen over het al dan niet opzettelijke karakter van de fout in hoofde van de bevoordeelde partij, teneinde vervolgens te besluiten, *ofwel* tot opslorping van de nalatigheid in hoofde van de benadeelde partij door de opzettelijke fout van de bevoordeelde partij, *ofwel* tot aansprakelijkheidsverdeling.

§4. Schadeloosstelling

A. Schadeloosstelling overeenkomstig artikel 1382 B.W.

731. *Integrale schadeloosstelling* – Indien fout, schade en oorzakelijk verband bewezen zijn, dient de aansprakelijke de schade volledig te vergoeden.²¹¹² Niet de zwaarte van de fout, maar enkel de schade is de maat van de schadeloosstelling.²¹¹³ Schadeherstel of schadeloosstelling houdt in dat het slachtoffer zo goed mogelijk wordt teruggeplaatst in de toestand waarin hij zich bij ontstentenis van de onrechtmatige daad zou hebben bevonden.²¹¹⁴

732. *Begroting van de schade* – De rechter moet zich voor de begroting van de schade stellen op het meest nuttige tijdstip, d.i. op de dag van zijn uitspraak.²¹¹⁵ Op dat moment bepaalt hij de bestanddelen die de schade uitmaken, de maatstaven die gelden voor de berekening van de schade en het bedrag van de schadevergoeding.²¹¹⁶ Hierbij mag hij rekening houden met de voorbijge muntontwaarding door de toe te kennen schadevergoeding te indexeren of op andere wijze te actualiseren.²¹¹⁷ De begroting van de schade gebeurt steeds *in concreto*, d.i. rekening houdend met de

bevoegdheid om, als meest gepaste vorm van schadeherstel, de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen (E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)”, *RW* 1992-1993, (1209) 1219).

²¹¹¹ Tevens besproken bij S. STIJNS, “De sanctiëring van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, 2006, (131) 167.

²¹¹² A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 975.

²¹¹³ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 13; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 172 e.v.; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 975; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 665-666.

²¹¹⁴ Zie o.m. Cass. 13 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 409; Cass. 2 mei 1974, *Arr. Cass.* 1974, 633, *Pas.* 1974, I, 906; Cass. 19 september 1966, *Arr. Cass.* 1967, 79, *Pas.* 1967, I, 73; L. CORNELIS, “Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en oorzakelijk verband”, in B. TILLEMANS en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, 2004, (247) 251; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 33; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 163; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 975.

²¹¹⁵ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 28; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 163 e.v.; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 1036; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 981, en de aldaar in voetnoot 230 aangehaalde cassatierechtspraak; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 663.

²¹¹⁶ VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 458.

²¹¹⁷ Cass. 8 november 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1747, *Pas.* 2000, I, 1710; Cass. 28 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-1986, 1324, noot, *Pas.* 1986, I, 1189; E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 29; A. VAN OEVELEN, “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, 2005, (201) 218.

omstandigheden eigen aan de benadeelde.²¹¹⁸ Op de rechter rust de verplichting om de schade nauwkeurig te begroten. De rechter mag de schade enkel *ex aequo et bono* ramen, indien hij de reden aangeeft waarom de door de benadeelde voorgestelde begrotingswijze niet kan worden gevolgd en indien hij tevens vaststelt dat het niet mogelijk is de schade, zoals hij die heeft vastgesteld, anders te bepalen.²¹¹⁹

733. *Vorm van schadeloosstelling* – De voorkeur gaat uit naar het herstel *in natura* van de schade.²¹²⁰ Dit herstel *in natura* komt er op neer dat de benadeelde teruggeplaatst wordt in de toestand waarin hij zich had bevonden, indien de onrechtmatige daad niet was gepleegd. De benadeelde heeft steeds het recht om herstel *in natura* te vorderen. Hij moet er ook genoegen mee nemen, indien deze vorm van herstel hem door de verweerder wordt aangeboden.²¹²¹ Ook de rechter is ertoe gehouden het herstel *in natura* toe te kennen, indien deze vorm van herstel mogelijk is en gevraagd wordt door de eiser of aangeboden wordt door de verweerder. Buiten deze gevallen kan de rechter vrij beslissen over de vorm van herstel.²¹²² Evenwel zal herstel bij equivalent de voorkeur krijgen boven herstel *in natura*, indien deze laatste vorm van schadeloosstelling niet mogelijk is of een vorm van rechtsmisbruik zou uitmaken.²¹²³ In deze gevallen zal een schadeherstel bij equivalent worden bevolen.

B. Schadeloosstelling bij gekwalificeerde benadeling

734. *Toepassing van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels* – Overeenkomstig de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels dient de voorkeur te worden gegeven aan het (niet-pecuniair) herstel *in natura* boven het (pecuniair) herstel bij equivalent.

735. *Herstel in natura: matiging* – Het herstel *in natura* van de schade kan – op vordering van de benadeelde partij – bestaan in de matiging van de overdreven verbintenis. Heel vaak zou de benadeelde partij het contract zonder het misbruik immers ook gesloten hebben, doch tegen een lagere prijs. De matiging van de overdreven verbintenis is ook de sanctie die in artikel 1907^{ter} B.W. wordt vooropgesteld.²¹²⁴ Indien de rechter de zaak beoordeelt op het ogenblik dat de benadeelde de prijs reeds heeft betaald, zal de matiging de vorm aannemen van de terugbetaling van een deel van de prijs. Werd de prijs nog niet betaald, dan zal de rechter een prijsvermindering bevelen.

736. *Herstel in natura: vernietiging* – De benadeelde partij zou als vorm van herstel *in natura* van de schade zelfs de vernietiging van de overeenkomst kunnen vorderen. Het doel van het schadeherstel bestaat er immers in om de benadeelde partij zo goed mogelijk terug te plaatsen in de toestand waarin hij bij ontstentenis van het misbruik zou verkeren. Indien de benadeelde partij kan

²¹¹⁸ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 31; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, 1984, 178 e.v.

²¹¹⁹ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 32; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 979, en de aldaar in voetnoot 217 opgenomen cassatierechtspraak.

²¹²⁰ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 49; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 858 en 1018; A. VAN OEVELEN, G. JOCQUÉ, C. PERSYN en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, (933) 977.

²¹²¹ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 49; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 858.

²¹²² E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 49; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 858 en 1018.

²¹²³ E. DIRIX, *Het begrip schade*, 1998, 49; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, P. ERNST en J.-L. SCHUERMANS, “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)”, *TPR* 1994, (851) 858-859.

²¹²⁴ *Supra*, nr. 255.

aantonen dat hij de overeenkomst zonder het misbruik niet zou hebben gesloten²¹²⁵, dan kan de vernietiging van het contract als de aangewezen vorm van herstel *in natura* worden beschouwd.

737. *Beoordeling van de meest gepaste vorm van herstel in natura* – Bij de beoordeling van de meest gepaste vorm van herstel *in natura* van de schade, kunnen verschillende elementen in aanmerking worden genomen. De hoegrootheid van de benadeling is één van die elementen. Heeft het misbruik geleid tot een aanzienlijke benadeling, dan zou kunnen besloten worden dat de overeenkomst zonder het misbruik nooit gesloten zou zijn geweest. Was de benadeling daarentegen eerder gering van aard, dan was het contract zonder het misbruik wellicht ook gesloten doch tegen een lagere prijs. In de eerste situatie zou de benadeelde partij de nietigverklaring van de overeenkomst kunnen vorderen (als meest gepaste vorm van herstel *in natura*); in de tweede situatie lijkt de matiging van de prijs de aangewezen vorm van herstel *in natura* van de schade.

Ook de aard van het contract kan voor de benadeelde partij een rol spelen, wanneer hij een bepaalde vorm van herstel *in natura* vordert. Bij een dadelijk of aflopend contract zal de benadeelde partij wellicht sneller voor de matiging opteren, aangezien partijen in de toekomst niet meer moeten samenwerken. Bij duurovereenkomsten liggen de zaken anders. Indien het misbruik van de omstandigheden daar heeft geleid tot een vertrouwensbreuk tussen partijen, zal de benadeelde partij wellicht eerder de nietigverklaring van de overeenkomst trachten te bekomen.

738. *Herstel bij equivalent: schadevergoeding* – Indien de matiging van de overdreven verbintenis het ganse contractuele evenwicht zou verstoren, dan zal een herstel bij equivalent onder de vorm van een (vervangende) schadevergoeding de aangewezen sanctie zijn.²¹²⁶ Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn indien andere contractuele clausules (bv. exoneratiebedingen) op de prijs waren afgestemd. Verder kan ook een aanvullende schadevergoeding toegekend worden, indien de matiging van de overdreven verbintenis of de nietigverklaring van de overeenkomst de schade in hoofde van de benadeelde partij niet volledig vergoedt.

TUSSENTIJD BESLUIT

739. *Voorlopige onderzoeksresultaten* – In het tweede deel van dit proefschrift werd de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het gemeen contractenrecht onderzocht. Ons onderzoek spitste zich in het bijzonder toe op de rechtsfiguren van de *benadeling* en de *gekwalficeerde benadeling*, wat de volgende onderzoeksresultaten opleverde.

Bij het onderzoek van de *benadeling* werd duidelijk dat in het Belgische recht verscheidene uitzonderingen worden aanvaard op het principe dat de benadeling geen algemene vernietigingsgrondslag van overeenkomsten uitmaakt. Deze uitzonderingen zijn echter zeer fragmentarisch, met telkens slechts een beperkte kring van beschermingsgerechtigden, en vormen geen coherent geheel. Er is wel duidelijk gebleken dat de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in verschillende bepalingen als compenserend instrument wordt ingezet bij een (dreigend) gebrek aan contractvrijheid.

²¹²⁵ Zoals eerder gesteld, wordt voor de vaststelling van de aanwezigheid van gekwalficeerde benadeling niet vereist dat de benadeelde partij het contract zonder het misbruik niet gesloten zou hebben. Het volstaat dat hij de overeenkomst tegen een minder nadelige prijs zou hebben gesloten. Zie *supra*, nr. 725.

²¹²⁶ In dergelijke situatie de matiging van de overdreven verbintenis (als meest gepaste vorm van herstel *in natura* van de schade) vorderen, zou o.i. beschouwd kunnen worden als een vorm van rechtsmisbruik.

Bij aanvang van onze studie over de *gekwalficeerde benadeling* werd onmiddellijk duidelijk dat deze figuur in ons recht met veel onduidelijkheden gepaard gaat. De onenigheid over de grondslag leidt tot onzuivere toepassingsvoorwaarden en tot verwarring aangaande de sanctionering ervan. Toepassingen in de rechtspraak, en zeker succesvolle, zijn dan ook eerder schaars. Met de aanwijzing van de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels van artikel 1382-1383 B.W., als grondslag, worden deze onduidelijkheden weggewerkt. De voorwaarden kunnen dan ook duidelijk als volgt worden weergegeven: (i) misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit, in die zin dat een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in dezelfde concrete (externe) omstandigheden die omstandigheden niet benut zou hebben om een voor de medecontractant nadelig contract te bedingen, (ii) benadeling, in de zin van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en (iii) een oorzakelijk verband tussen het misbruik en de benadeling. Als sanctie kan de matiging of de nietigheid van de overeenkomst worden uitgesproken, afhankelijk van welke de meest aangepaste sanctie is gelet op de concrete omstandigheden. Ondanks deze verduidelijking wat de voorwaarden betreft, moet toch benadrukt worden dat de bewijslast in hoofde van de benadeelde contractpartij zwaar blijft, zeker in vergelijking met het Nederlandse en het Duitse recht.

740. *Eerste onderzoeksvraag* – Bovenstaande onderzoeksresultaten indachtig, koppelen we terug naar onze eerste onderzoeksvraag. Alvorens de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht te beoordelen en de opportuniteit ervan na te gaan, rees de vraag of de gemeenrechtelijke instrumenten die zo'n toetsing met zich meebrengen, de nood aan een bijkomend specifiek consumentenrechtelijk instrument niet *a priori* wegnemen. Een compenserend consumentenrechtelijk instrument is immers slechts aangewezen, indien de vrije zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer niet of onvoldoende gegarandeerd wordt door de gemeenrechtelijke instrumenten.

Op basis van de bovenstaande onderzoeksresultaten moet deze vraag op negatieve wijze worden beantwoord. De toepassingsgevallen van de benadeling zijn immers zeer fragmentarisch met slechts een beperkte kring van beschermingsgerechtigde marktdeelnemers, waar de consumenten niet onder vallen. De rechtsfiguur van de gekwalficeerde benadeling kent op haar beurt slechts een beperkte toepassing in de praktijk, mede omwille van de onzuivere grondslag en toepassingsvoorwaarden en de zware bewijslast in hoofde van de benadeelde partij. Gelet op deze vaststellingen moet besloten worden dat de draagwijdte en de draagkracht van deze gemeenrechtelijke instrumenten die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengen, onvoldoende is om *a priori* te besluiten dat de nood aan een specifieke bijkomend consumentenrechtelijk instrument weggenomen wordt.

741. *Vervolg van het onderzoek* – In het derde deel van dit onderzoek wordt de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van de kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC) onder de loep genomen. Er wordt onderzocht hoe de ontoetsbaarheid van kernbedingen kan worden verklaard (*tweede onderzoeksvraag*). Daarenboven zal geanalyseerd worden in welke mate deze ontoetsbaarheid een absolute ontoetsbaarheid inhoudt (*derde onderzoeksvraag*).

DEEL III DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN HET CONSUMENTENCONTRACTENRECHT

742. *Doelstellingen en overzicht* – In dit deel van het proefschrift onderzoeken we de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in contracten die vallen binnen het consumentencontractenrecht. Daartoe wordt in *een eerste hoofdstuk* het wettelijke kader van de regelgeving inzake onrechtmatige bedingen geschetst. In *een tweede hoofdstuk* gaan we dieper in op de ontoetsbaarheid van kernbedingen. We zullen, mede op basis van een rechtseconomische analyse, een overtuigende verklaring geven voor de ontoetsbaarheid van deze bedingen in de onrechtmatige bedingenleer. Evenwel zullen we ook aantonen dat deze ontoetsbaarheid niet absoluut is. Zo zal het onderzoek o.m. aantonen dat bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringscontracten toetsbare kernbedingen zijn. In *een derde hoofdstuk* zullen we tot slot onderzoeken of er een nood bestaat aan een consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, in het bijzonder in geval van misbruik van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument.

HOOFDSTUK I. OVERZICHT VAN DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN ONRECHTMATIGE BEDINGEN

743. *Overzicht* – In dit hoofdstuk staan we achtereenvolgens stil bij de historische achtergrond, de *ratio legis* en het toepassingsgebied van de regeling inzake onrechtmatige bedingen. Daaropvolgend wordt ruim aandacht besteed aan de beperking van de inhoudstoets via de ontoetsbaarheid van kernbedingen. Vervolgens wordt de algemene toetsingsnorm zelf onder de loop genomen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte blik op de lijst van onrechtmatige bedingen en de sanctionering in de onrechtmatige bedingenleer.

AFDELING I. WETSHISTORISCHE ACHTERGROND

§1. Nationale wetgeving vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

A. *Het Belgische recht*

744. *Inspiratie bij de toekomstige Europese regelgeving* – Tot het begin van de jaren '90 was in het Belgische recht niet voorzien in een specifieke regelgeving inzake onrechtmatige bedingen. Consumenten dienden een beroep te doen op het algemene verbintenissen- en contractenrecht.²¹²⁷ In 1991, d.i. twee jaar vóór de totstandkoming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, werd in het Belgische recht een regeling inzake onrechtmatige bedingen ingevoerd.²¹²⁸ Met die wetgeving trachtte de Belgische wetgever te anticiperen op de toekomstige Europese regelgeving ter zake en probeerde hij gelijke tred te houden met vele andere Europese landen die reeds een specifieke bescherming tegen

²¹²⁷ Zie T. BOURGOIGNIE, “Le contrôle des conditions générales et des clauses abusives en droit belge”, in J. GHESTIN (ed.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, 1991, (239) 254 e.v.; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 292.

²¹²⁸ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 206.

onbillijke contractvoorwaarden in hun wetgeving hadden opgenomen.²¹²⁹ Vermits de voorbereidende werkzaamheden voor de Belgische regelgeving in dezelfde periode plaatsvonden als die voor de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, inspireerde de Belgische wetgever zich sterk op deze toekomstige Europese regelgeving.²¹³⁰

745. *Totstandkoming WHPC* – Op 23 juli 1985 stelde de Belgische regering aan het Parlement een wijziging voor van de wet inzake de handelspraktijken van 14 juli 1971. Inzake onrechtmatige bedingen waren in het wetsontwerp twee bepalingen opgenomen, met name een korte lijst van onrechtmatige bedingen en een verbod voor de consument om afstand te doen van de rechten die hem krachtens die afdeling toekwamen.²¹³¹ Op 20 maart 1987 werd een door de Senaat herziene en goedgekeurde tekst naar de Kamer overgezonden. De lijst van onrechtmatige bedingen was inmiddels uitgebreid.²¹³² Pas in de tekst die door de bevoegde commissie van de Kamer werd goedgekeurd op 10 januari 1991, werd voor het eerst een *algemene norm* inzake onrechtmatige bedingen toegevoegd aan de lijst van verboden bedingen.²¹³³ Uiteindelijk werd de WHPC afgekondigd op 14 juli 1991 en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 29 augustus 1991. De regeling inzake onrechtmatige bedingen was opgenomen in Hoofdstuk V, Afdeling II van deze wet.²¹³⁴

746. *Korte inhoud* – De regeling inzake onrechtmatige bedingen uit de WHPC van 1991, was – en is op vandaag in de WMC nog steeds – enkel van toepassing op consumentenovereenkomsten. De regeling beperkt zich niet tot standaardbedingen. Ook afzonderlijk onderhandelde bedingen vallen onder de werkingssfeer. In het oude artikel 31 WHPC was een algemene norm opgenomen, waarin een onrechtmatig beding wordt omschreven als “*elk beding of elke voorwaarde die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen*”. Naast die algemene norm was in artikel 32 WHPC een lijst opgenomen met 21 verboden bedingen.²¹³⁵ Als sanctionering werd vooropgesteld dat de rechter de (combinaties van) bedingen en voorwaarden bepaald in artikel 31 WHPC *nietig kon verklaren* en dat de (combinaties van) bedingen en voorwaarden vermeld in artikel 32 WHPC *nietig waren*.²¹³⁶

²¹²⁹ P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 466.

²¹³⁰ M. FLAMÉE, “Onrechtmatige bedingen”, *TBH* 1993, (630) 637; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 206.

²¹³¹ Ontwerp van wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 947-1. Zie ook P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 466.

²¹³² Wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Parl. St.* Kamer, 1986-87, nr. 826-1.

²¹³³ Wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de verbruiker, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1240-20.

²¹³⁴ Zie ook A. DE CALUWE, “Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d’opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d’assurance”, in X., *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d’une économie de marchés*, 1993, (445) 456 e.v.

²¹³⁵ Inmiddels is de lijst van verboden bedingen uitgebreid tot 33 bedingen. Meer hieromtrent, *infra*, nr. 974.

²¹³⁶ Deze verschillende bewoordingen inzake de sanctionering van onrechtmatige bedingen gaf aanleiding tot een discussie in de rechtsleer over de facultatieve v. de automatische nietigheid. Zie o.m. I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 100-101; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 81; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 158; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 928; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 163-164; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 807.

747. *Plaats van de onrechtmatige bedingenleer* – Dat de onrechtmatige bedingenleer werd ingevoegd in de WHPC en niet in het Burgerlijk Wetboek, werd door een aantal auteurs bekritiseerd.²¹³⁷ De (rechterlijke) toetsing van onrechtmatige bedingen raakt inderdaad de fundamenteën van het verbintenissenrecht. Het kan dan ook betreurd worden dat geen aansluiting werd gezocht met de algemene leerstukken uit het verbintenissenrecht. Via de opentrekking van de algemene norm naar andere overeenkomsten (bv. B2B-contracten) kon immers een brug worden geslagen met het algemeen verbintenissenrecht.²¹³⁸

B. Het Franse recht

748. *Loi Scrivener (1978)* – Vóór 1978 bood vooral de Franse rechtspraak bescherming tegen onrechtmatige bedingen. Met de wet Scrivener van 10 januari 1978 werd deze bescherming ook wettelijk verankerd, in het bijzonder in de artikelen 35 tot en met 38.²¹³⁹

749. *Korte inhoud* – De artikelen 35-38 wet Scrivener waren enkel van toepassing op overeenkomsten gesloten met consumenten. Net als in het Belgische recht, golden deze bepalingen niet enkel voor standaardbedingen, maar ook voor onderhandelde bedingen.²¹⁴⁰ Artikel 35 wet Scrivener somde enkele clausules op die verboden konden worden, “indien ze aan de consument werden opgelegd doordat de professionele tegenpartij misbruik maakte van zijn economische machtspositie en hierdoor een buitensporig voordeel verkreeg”. Het bijzondere aan het toenmalige Franse systeem was dat deze clausules enkel door de *Conseil d’Etat* konden worden verboden of beperkt, en dit na raadpleging van een comité voor oneerlijke clausules. Dit comité werd opgericht krachtens artikel 36 wet Scrivener en had als taak om standaardcontracten en potentiële oneerlijke bedingen te onderzoeken. Krachtens de wet Scrivener van 1978 hadden de rechterlijke instanties derhalve weinig bevoegdheden. Met de wet nr. 88-14 van 5 januari 1988 kwam daarin verandering.²¹⁴¹ Erkende consumentenorganisaties waren voortaan bevoegd om zich tot de rechter te wenden, teneinde een onrechtmatig beding te laten schrappen uit een contract alsook oneerlijke bedingen te laten schrappen uit modelcontracten die gewoonlijk aangeboden werden aan consumenten door professionele partijen.

750. *Artikel 35 wet Scrivener* – Uit dit wetsartikel blijkt duidelijk de onderliggende doelstelling van de oorspronkelijke Franse wetgeving inzake onrechtmatige bedingen: “*Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou*

²¹³⁷ E. DIRIX, “Bezwarende bedingen”, RW 1991-1992, (562) 572. In dezelfde zin, L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X., *Liber amicorum Paul De Vroede*, 1994, (311) 332.

²¹³⁸ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 12-13 en 62-63. Zie daaromtrent ook A. DE CALUWE, “Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d’opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d’assurance”, in X., *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d’une économie de marchés*, 1993, (445) 463-464. Zie ook *supra*, nr. 127.

²¹³⁹ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services, JO 11 januari 1978. Zie J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 204; L. FIN-LANGER, *L’équilibre contractuel*, 2002, 134; J. GHESTIN, “Le rétablissement de l’équilibre contractuel par l’élimination des clauses abusives: l’enseignement du droit français”, in E. BALATE en J. STUYCK (eds.), *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, 1988, (139) 141; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 27; M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, 2004, 436.

²¹⁴⁰ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 14 en 19-20; G. MEILHAC, “Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 294.

²¹⁴¹ Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l’information des consommateurs, JO 6 januari 1988.

réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif." (eigen onderlijning). Opmerkelijk waren derhalve de vereisten dat de professionele partij misbruik maakte van zijn economische machtspositie en een buitensporig voordeel verkreeg.

C. Het Duitse recht

751. *AGB-Gesetz (1976)* – Een belangrijke ontwikkeling op het terrein van de onrechtmatige bedingen was de goedkeuring van de Duitse *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* in 1976.²¹⁴² De wet trad in werking op 1 april 1977. Vóór de totstandkoming van deze wet werd bescherming geboden tegen oneerlijke standaardbedingen door middel van enkele bepalingen uit het BGB, zoals het leerstuk inzake aanbod en aanvaarding en het beginsel van de goede trouw. Aangezien dit als onvoldoende werd ervaren, werd de AGB-Gesetz uitgewerkt. Die Duitse regelgeving heeft in sterke mate de Richtlijn Oneerlijke Bedingen geïnspireerd.²¹⁴³

752. *Korte inhoud* – De werkingssfeer van de AGB-Gesetz is niet beperkt tot consumentenovereenkomsten.²¹⁴⁴ Wel is de AGB-Gesetz – zoals de naam het zelf aangeeft – toegespitst op algemene voorwaarden, en niet op onderhandelde bedingen. In (toenmalig) artikel 9, lid 1 AGB-Gesetz werd bepaald dat clausules uit algemene voorwaarden nietig zijn, indien de tegenpartij van de opsteller ervan zodanig benadeeld wordt dat dit in strijd is met het beginsel van de goede trouw en de billijkheid. In artikel 10 volgde dan een (grijze) lijst van bedingen die nietig kunnen worden verklaard, terwijl in artikel 11 een (zwarte) lijst van bedingen was opgenomen die absoluut verboden zijn.²¹⁴⁵

D. Het Nederlandse recht

753. *Inspiratie in de Duitse wetgeving* – Het startschot voor een Nederlandse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen werd gegeven met de wet van 18 juni 1987 inzake algemene contractvoorwaarden.²¹⁴⁶ Met het N.B.W. dat in 1992 in werking trad, werden deze bepalingen ingevoegd in de artikelen 6:233 e.v. N.B.W. Bij de uitwerking van deze regelgeving inspireerde de Nederlandse wetgever zich op de Duitse regelgeving.²¹⁴⁷

²¹⁴² Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) van 9 december 1976, *BGBI.* 1976, I, 3317.

²¹⁴³ S. GRUNDMANN, "Structural Elements in the Contract Law Parts of the German Civil Code", in S. GRUNDMANN en M. SCHAUER (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, (57) 77.

²¹⁴⁴ Zie NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 24 e.v.; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 210.

²¹⁴⁵ De grijze en zwarte lijst van onrechtmatige bedingen zijn evenwel niet van toepassing op overeenkomsten tussen handelaars in de uitoefening van hun handel of bij overeenkomsten gesloten met publiekrechtelijke instellingen en stichtingen. Meer ook *infra*, nr. 793.

²¹⁴⁶ Wet 18 juni 1987, *Staatsblad* 1987, nr. 327.

²¹⁴⁷ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 4; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 215. Zie ook E. HONDIUS, "Non-implementation of the Directive on Unfair Contract Terms: the Dutch case", *ERPL* 2007, (193) 193.

754. *Korte inhoud* – De Nederlandse regelgeving werd niet beperkt tot consumentenovereenkomsten. Net als de Duitse wetgeving spitste de regelgeving zich wel toe op algemene voorwaarden, en niet op onderhandelde bedingen.²¹⁴⁸ Onder algemene voorwaarden werd verstaan “*één of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestatie aangeven*”.²¹⁴⁹ In de wet waren twee alternatieve criteria inzake de redelijkheid van een beding opgenomen, teneinde na te gaan of een beding in de algemene voorwaarden al dan niet vernietigbaar is. Een beding werd als vernietigbaar beschouwd, “*a) indien het, gelet op de aard en de inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij, of b) indien de gebruiker aan de wederpartij niet de mogelijkheid heeft geboden om van de algemene voorwaarden kennis te nemen*”.²¹⁵⁰ Daarnaast werd in de wet van 1987 voor consumentencontracten een grijze en zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen opgenomen.

§2. Totstandkoming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

755. *Startschot midden jaren '70* – In het eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument werd als één van de prioriteiten vernoemd “*de consument beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken, met name op de volgende gebieden: contractclausules, (...)*”.²¹⁵¹ Het doel bestond erin om de consument als koper van goederen en/of diensten te beschermen “*tegen het misbruik van de machtspositie van de verkoper, en in het bijzonder tegen eenzijdige standaardcontracten, de oneerlijke uitsluiting van essentiële rechten in contracten, oneerlijke kredietvoorwaarden, (...) en agressieve verkoopmethoden*”.²¹⁵²

In 1975 werden in de schoot van de Commissie een aantal ontwerpvoorstellen inzake de controle van oneerlijke bedingen uitgewerkt en besproken met regeringsdeskundigen. Tevens werkte de Commissie in 1976 een memorandum uit inzake de problematiek van de standaardcontracten.²¹⁵³ In datzelfde jaar nam het Comité van Ministers van de Raad van Europa een korte resolutie aan inzake oneerlijke bedingen in consumentencontracten. In die resolutie werden de lidstaten aangeraden om efficiënte instrumenten aan te nemen die de consument beschermen tegen oneerlijke bedingen in contracten tot levering van goederen of diensten.²¹⁵⁴ Ook het Raadgevend consumentencomité²¹⁵⁵ gaf in 1977 een advies waarin o.m. een definitie van het begrip *onredelijke bepaling* werd gegeven.²¹⁵⁶

Na die eerste belangrijke stappen in de richting van een Europese regelgeving inzake oneerlijke bedingen, vielen de voorbereidende werkzaamheden evenwel stil. De discussies werden stopgezet ten

²¹⁴⁸ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 2.

²¹⁴⁹ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 31.

²¹⁵⁰ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 164 en 318.

²¹⁵¹ Eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB C 92* van 25 april 1975, 2, punt 24. Zie ook bij H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1818; S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 343.

²¹⁵² Eerste programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB C 92* van 25 april 1975, 2, punt 19.

²¹⁵³ Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 6; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 7.

²¹⁵⁴ Resolution (76) 47 van 16 november 1976 on unfair terms in consumer contracts and an appropriate method of control, www.coe.int. Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 6; G. PAISANT, “La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l’Union européenne”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (165) 165; C. WILLETT, “Directive on unfair terms in consumer contracts”, *CLJ* 1994, (114) 114 en 116.

²¹⁵⁵ Besluit 73/306/EEG van de Commissie van 25 september 1973 betreffende de oprichting van een Raadgevend Comité van verbruikers, *PB L 283* van 10 oktober 1973, 18-19.

²¹⁵⁶ Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 6; C. WILLETT, “Directive on unfair terms in consumer contracts”, *CLJ* 1994, (114) 117.

gevolge van de enorme toename van nationale wetgevingsinitiatieven. Zowel Duitsland als Frankrijk²¹⁵⁷, alsook het Verenigd Koninkrijk²¹⁵⁸ namen in de tweede helft van de jaren '70 nationale wetgeving aan inzake oneerlijke contractuele bedingen. Aangezien die nationale initiatieven voorlopig in de plaats waren gekomen van de voorstellen van de Gemeenschap, had de Commissie tijd nodig om de mist te laten optrekken.²¹⁵⁹

756. *Heropleving midden jaren '80* – In het tweede programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument wordt aangekondigd dat de Commissie de in het kader van het eerste programma aangevatte werkzaamheden zou voortzetten.²¹⁶⁰ Pas in 1984 werd daadwerkelijk vooruitgang geboekt via de publicatie van een mededeling van de Commissie aan de Raad inzake “Oneerlijke clausules in consumentenovereenkomsten”.²¹⁶¹ Die mededeling maakte een afweging tussen de alternatieven die in de Europese Gemeenschap ter beschikking stonden voor een efficiënte bescherming tegen onrechtmatige bedingen. Het Europees Parlement nam kort nadien een resolutie aan inzake oneerlijke bedingen in overeenkomsten. Het beginsel dat de contractuele voorwaarden voor beide partijen niet oneerlijk mogen zijn, werd algemeen toepasbaar geacht en niet beperkt tot consumentenovereenkomsten.²¹⁶² In mei 1986 nam de Raad een resolutie aan, waarin de Commissie verzocht werd om voorstellen te doen ten aanzien van het in haar mededeling opgenomen werkprogramma, waaronder een voorstel tot richtlijn inzake oneerlijke contractuele clausules.²¹⁶³

757. *Voorstel voor een richtlijn* – Op 24 juli 1990 diende de Commissie een voorstel in voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Dit voorstel werd door de Raad aangenomen en gepubliceerd.²¹⁶⁴ Alvorens dit voorstel uiteindelijk leidde tot de aanneming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, werden nog tal van amendementen aan de tekst aangebracht.²¹⁶⁵ In het voorstel strekte de werkingssfeer zich immers uit tot afzonderlijk onderhandelde bedingen. Daarenboven kon de tekst van het voorstel zo uitgelegd worden dat ook bedingen inzake de prijs en het voorwerp van een overeenkomst op hun (on)rechtmatig karakter konden worden getoetst.²¹⁶⁶ Die uitgangspunten werden vooral door Duitsland hevig bekritiseerd.²¹⁶⁷

²¹⁵⁷ *Supra*, nrs. 748 en 751.

²¹⁵⁸ Unfair Contract Terms Act 1977.

²¹⁵⁹ Zie Technische bijlage bij het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 3 september 1990, *Parl. St.* 1990-91, nr. 1200-2, 338, bijlage 1 bij het Verslag DE COOMAN.

²¹⁶⁰ Resolutie van de Raad van 19 mei 1981 betreffende een tweede programma van de Europese Economische Gemeenschap voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de consument, *PB C* 133 van 3 juni 1981, 1, punt 30.

²¹⁶¹ Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 6; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 7.

²¹⁶² Resolutie over oneerlijke clausules in overeenkomsten, *PB C* 68 van 24 maart 1986, 194.

²¹⁶³ Resolutie van de Raad van 23 juni 1986 betreffende de toekomstige koers van het beleid van de Europese Economische Gemeenschap inzake de bescherming en de bevordering van de belangen van de consument, *PB C* 167 van 5 juli 1986, 1.

²¹⁶⁴ Voorstel voor een richtlijn (EEG) van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 243 van 28 september 1990, 2. Zie H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1817.

²¹⁶⁵ Zie in dit verband DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 7, in het bijzonder voetnoot 22; H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 123; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 7-8.

²¹⁶⁶ H. E. BRANDNER en P. ULMER, “The community directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission”, *CMLR* 1991, (647) 651 e.v.; H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1817.

²¹⁶⁷ H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1817.

In een volgend voorstel van 5 maart 1992 hield de Commissie vast aan bovenvermelde uitgangspunten.²¹⁶⁸ Pas in het Gezamenlijke Standpunt van de Raad van 22 september 1992 werden die punten aangepast. Voortaan werden afzonderlijk onderhandelde bedingen en kernbedingen expliciet uitgesloten uit het toepassingsbereik van de rechterlijke toetsing van oneerlijke bedingen.²¹⁶⁹ Uiteindelijk werd de Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten door de Raad aangenomen op 5 april 1993.²¹⁷⁰ De Richtlijn is een compromistekst die verschillende elementen uit verschillende nationale wetgevingen combineert.²¹⁷¹

§3. Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen in de nationale rechtsstelsels

A. Principe van minimumharmonisatie

758. *Minimumrichtlijn* – De Richtlijn Oneerlijke Bedingen streeft een minimumharmonisatie na.²¹⁷² Minimumharmonisatie laat aan de lidstaten toe om een hogere graad van bescherming in te voeren in hun nationale regelgeving.²¹⁷³ Wel dienen de strengere nationale bepalingen steeds in overeenstemming te zijn met het unierecht, zoals ook expliciet in artikel 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt aangegeven.

De keuze voor minimumharmonisatie werd bekritiseerd door de belangengroepen die de handelaars vertegenwoordigen. Omwille van deze keuze kon immers geen gebruik worden gemaakt van uniforme contractuele bedingen doorheen Europa. Anderzijds werd door academici de vraag opgeworpen of de doelstelling tot realisatie van gelijke marktvorwaarden in gans Europa wel verwezenlijkt kan worden door middel van minimumharmonisatie.²¹⁷⁴

B. Concrete omzetting in nationale rechtsstelsels

759. *Divers landschap van nationale wetgevingen* – Tussen de eerste stap in de richting van een communautaire regelgeving inzake oneerlijke bedingen en de uiteindelijke aanneming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen verstreken meer dan vijftien jaar. Het landschap van nationale wetgevingen waarbinnen de Richtlijn diende te worden omgezet, was inmiddels drastisch gewijzigd. Sinds de tweede helft van de jaren '70 hadden verschillende lidstaten een nationale wetgeving inzake oneerlijke bedingen uitgewerkt waarvan de inhoud aanzienlijk verschilde.²¹⁷⁵ De omzetting van de Richtlijn

²¹⁶⁸ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 73 van 24 maart 1992, 7.

²¹⁶⁹ Zie ook H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1817.

²¹⁷⁰ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB L* van 21 april 1993, 29-34.

²¹⁷¹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 4 en 15.

²¹⁷² Art. 8 Richtlijn Oneerlijke bedingen. Zie P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 799. Zie ook bij de Nederlandse auteurs ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 364; E. HONDIUS, “Unfair contract terms: towards a European Law Introduction”, *ERPL* 1997, (121) 124. Zie tevens de Franse auteurs S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 344.

²¹⁷³ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 12; E. HONDIUS, “La directive sur les clauses abusives et les états membres de l’union européenne”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (591) 592-593. Zo hebben de Scandinavische landen de rechterlijke toetsing van kernbedingen niet uitgesloten in hun nationale wetgevingen (E. HONDIUS, “Unfair contract terms: towards a European Law Introduction”, *ERPL* 1997, (121) 124).

²¹⁷⁴ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 9; G. PAISANT, “La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l’Union européenne”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (165) 168.

²¹⁷⁵ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999,

Onerlijke Bedingen in die verschillende nationale rechtsordes was dan ook geen sinecure.²¹⁷⁶ De meeste nationale wetgevingen waren immers niet beïnvloed door het unierecht (in tegenstelling tot de Belgische onrechtmatige bedingenleer), maar veeleer geïnspireerd door de tradities in hun eigen nationale wetgeving.

760. *Omzetting in het Belgische recht* – Aanvankelijk was de Belgische wetgever van oordeel dat de WHPC niet diende te worden aangepast ter omzetting van de Richtlijn Onerlijke Bedingen. Bij een schrijven van 13 februari 1997 stelde de Commissie de Belgische regering evenwel in kennis van haar standpunt dat België de Richtlijn Onerlijke Bedingen niet volledig en juist had omgezet. De Belgische autoriteiten hebben hierop geantwoord, o.m. verwijzend naar de goedkeuring op 3 april 1997 van de wet betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten. Op 19 december 1997 bracht de Commissie ter zake een met redenen omkleed advies uit aan België.²¹⁷⁷

Teneinde de Belgische wetgeving in overeenstemming te brengen met de Europese regelgeving werd uiteindelijk een wetsontwerp ingediend in de Kamer op 25 mei 1998.²¹⁷⁸ Dat ontwerp leidde tot de wetwijziging van 7 december 1998.²¹⁷⁹ Zoals het Belgische antwoord op het schrijven van de Commissie reeds aangaf, werd op 3 april 1997 ook een wet goedgekeurd betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten.²¹⁸⁰ Met die laatste wet werd gezorgd voor de omzetting van de Richtlijn Onerlijke Bedingen in de contractuele relatie tussen vrije beroepsbeoefenaars en hun cliënten.

761. *Omzetting in het Franse recht* – De wet Scrivener, en in het bijzonder de artikelen 35 tot en met 38, werden in 1993 opgenomen in de Franse *Code de la consommation*, meer bepaald in de artikelen L 132-1 tot L 132-5.²¹⁸¹ Naar aanleiding van de omzetting van de Richtlijn Onerlijke Bedingen werd dat hoofdstuk herzien bij wet van 1 februari 1995.²¹⁸²

(223) 226. Zie ook E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 293; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 30-31. *Supra*, nrs. 748-754.

²¹⁷⁶ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 8.

²¹⁷⁷ Met redenen omkleed advies aan het Koninkrijk België uit hoofde van artikel 169 van het EG-Verdrag betreffende de onvolledige omzetting van richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van de Europese Commissie van 19 december 1997, *Parl. St. Kamer* 1997-1998, nr. 1565-3, bijlage 2 bij het Verslag WILLEMS, 25-30. Zie E. BALATE, “La mise en oeuvre de la directive 93/13 ce concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et droit belge”, *ERPL* 1997, (143) 144; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 206, S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 148.

²¹⁷⁸ Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *Parl. St. Kamer* 1997-1998, nr. 1565-1, 1.

²¹⁷⁹ Wet tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument van 7 december 1998, *BS* 23 december 1998. Voor een overzicht en bespreking van de aanpassingen die deze wetwijziging met zich meebracht, zie S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, 148-169.

²¹⁸⁰ Wet 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten, *BS* 30 mei 1997, opgeheven en vervangen door de wet 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen, *BS* 20 november 2002. Zie P. DE VROEDE, Y. MERCHIEERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 466; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 149-150. Zie ook N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 533-534; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 206-207.

²¹⁸¹ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, *JO* 27 juli 1993. Zie de *Franse* auteurs LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 421; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l’abus de droit*, 2001, 2; TERRE e.a., *Les*

762. *Omzetting in het Duitse recht* – Ter omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd de AGB-regeling in 1996 op geringe wijze aangepast.²¹⁸³ Met de hervorming van het Duitse verbintenissenrecht in 2002 werd die regelgeving gedeeltelijk ingevoegd in het BGB, meer bepaald in §§305 tot 310 BGB.²¹⁸⁴

763. *Omzetting in het Nederlandse recht* – Ook de Nederlandse wetgever achtte het aanvankelijk niet noodzakelijk om de nationale wetgeving aan te passen ter omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²¹⁸⁵ Uiteindelijk werd de Richtlijn Oneerlijke Bedingen alsnog in het Nederlandse recht geïmplementeerd via de wet van 28 oktober 1999.²¹⁸⁶ Een bijkomend amendement volgde nog in 2004.²¹⁸⁷

§4. Een blik op de toekomst: het Voorstel voor een richtlijn betreffende consumentenrechten

764. *Algemeen* – Op 8 oktober 2008 heeft de Europese Commissie het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 aangenomen. Het omvat een herziening van vier bestaande richtlijnen, waaronder de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Het richtlijnvoorstel typeert de nieuwe aanpak van de

obligations, 2005, 327-328; M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, 2004, 437. Zie tevens NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 27; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 209.

²¹⁸² Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO 2 februari 1995. Zie de Frans auteurs J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 204-205; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les relations contractuels*, 1996, (1) 10; LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 424-425; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 344; A. SINAY-CYTERMANN, "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (241) 243; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 328; M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, 2004, 437. Zie ook M. FLAMÉE en K. TROCH, "De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht", *TBH* 1999, (28) 34; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 534-535; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 210. Voor een bespreking van die omzettingswet, zie in het bijzonder J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, "L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'application de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995", *JCP* 1995, 275-282; D. MAZEAUD, "La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformatte", *Droit et patrimoine* 1995, 42-52.

²¹⁸³ Gesetz vom 19 juli 1996 zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung, *BGBI.* 1996, I, n° 36, 1013. Zie ook NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 26; N. REICH, "The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany", *ERPL* 1997, (165) 167 en 172; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 210.

²¹⁸⁴ S. GRUNDMANN, "Structural Elements in the Contract Law Parts of the German Civil Code", in S. GRUNDMANN en M. SCHAUER (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, 2006, (57) 78; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 24; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 210-211; J.M. SMITS, "De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking", *NTBR* 2002, (368) 377.

²¹⁸⁵ Zie de Nederlandse auteurs ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 364; S.R. DAMMINGA, "De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten", in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEDBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 2007, (179) 183; E. HONDIUS, "Non-implementation of the Directive on Unfair Contract Terms: the Dutch case", *ERPL* 2007, (193) 193; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 253; M.H. WISSINK, "Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen", (noot onder HvJ. 10 mei 2001), *NTBR* 2002, (152) 152. Zie ook bij DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 4.

²¹⁸⁶ Wet 28 oktober 1999, *Sib.* 1999, 468. Zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 364; S.R. DAMMINGA, "De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten", in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEDBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 2007, (179) 183; M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 54; J. SMITS, "Nogmaals de richtlijn oneerlijke bedingen: Nederland veroordeeld wegens gebrekkige implementatie", *WPNR* 2001, (853) 853; M.H. WISSINK, "Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen", (noot onder HvJ. 10 mei 2001), *NTBR* 2002, (152) 152.

²¹⁸⁷ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 216.

Europese regelgever, waarbij geopteerd wordt om de consumentenbescherming en de interne markt *horizontaal* (in plaats van sectorspecifiek) aan te pakken op basis van *volledige harmonisatie*.²¹⁸⁸

765. *Bepalingen inzake contractuele bedingen* – Het richtlijnvoorstel omvat ook de herziening van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en omvat derhalve ook een aantal bepalingen inzake onrechtmatige bedingen. Bij de hiernavolgende bespreking van de deelaspecten van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt ook ingegaan op het richtlijnvoorstel ter zake. Globaal beschouwd kan gesteld worden dat de materiële voorschriften van het voorstel inzake oneerlijke bedingen weinig verschillen van Richtlijn 93/13. Twee grote veranderingen vallen echter wel op. Vooreerst de invoering van twee exhaustieve lijsten, terwijl Richtlijn Oneerlijke Bedingen slechts één niet-exhaustieve lijst van verboden bedingen bevat. Verder vloeit het grote verschil tussen Richtlijn 93/13 en het richtlijnvoorstel voort uit de keuze van de Commissie voor volledige harmonisatie.²¹⁸⁹ Deze keuze lijkt belangrijke gevolgen te hebben voor de materie van de oneerlijke bedingen, meer bepaald inzake het toepassingsbereik van de regels alsook inzake het beschermingsniveau dat de lijsten in het nationale recht zullen bieden.²¹⁹⁰

AFDELING II. RATIO LEGIS VAN DE RICHTLIJN ONEERLIJKE BEDINGEN

§1. Doelstellingen van de Richtlijn

766. *Tweevoudige doelstelling* – De Europese wetgever trachtte met de Richtlijn een tweevoudige doelstelling te bereiken: enerzijds, de bevordering van de totstandkoming en versterking van de interne markt en, anderzijds, een betere bescherming van de consument, voornamelijk bij grensoverschrijdende consumententransacties.²¹⁹¹ Met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt derhalve een duidelijke link gelegd tussen consumentenbescherming en de (versterking van de) interne markt.²¹⁹²

767. *Overwegingen 6 en 8-10 Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – De overwegingen 6 en 8 e.v. van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen stellen deze doelstellingen duidelijk voorop²¹⁹³: “*Overwegende dat het, teneinde de totstandkoming van de interne markt te vergemakkelijken en de burger in zijn rol als consument bescherming te bieden bij het kopen van goederen en bij dienstverrichtingen op basis van overeenkomsten waarop de wetgeving van een andere Lidstaat dan de zijne van toepassing is, van essentieel belang is oneerlijke bedingen uit deze overeenkomsten te weren. (...) Overwegende dat in de twee Gemeenschapsprogramma's voor een beleid inzake bescherming en voorlichting van de*

²¹⁸⁸ *Supra*, nr. 67-68.

²¹⁸⁹ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 143; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 61-62.

²¹⁹⁰ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 143.

²¹⁹¹ M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1999, (28) 33-34; R.H.C. JONGENEEL, “Een richtlijn die weinig schade aanricht. De Richtlijn over onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC*. 1993, (117) 118; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 3; G. PAISANT, “La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'Union européenne”, in X. (ed.), *Vers un code européen de la consommation*, 1998, (165) 166; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 498; A. VAN KEER, “Onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten”, *Jura Falc.* 1995-96, (287) 287-288; C. WILLETT, “Directive on unfair terms in consumer contracts”, *CLJ* 1994, (114) 115.

²¹⁹² NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 3. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 4-5.

²¹⁹³ Zie ook H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 127.

consument is gewezen op het belang van de bescherming van de consument op het gebied van oneerlijke bedingen in overeenkomsten; dat in deze bescherming moet worden voorzien door middel van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die hetzij op communautair niveau zijn geharmoniseerd, hetzij rechtstreeks op dat niveau zijn vastgesteld; Overwegende dat, overeenkomstig het beginsel dat onder het hoofd 'bescherming van de economische belangen van de consument' in deze twee programma's is vastgelegd, kopers van goederen of dienstenontvangers moeten worden beschermd tegen misbruik van de machtspositie van de verkoper respectievelijk de dienstverrichter, in het bijzonder tegen toetredingsovereenkomsten en de oneerlijke uitsluiting van rechten in overeenkomsten; Overwegende dat door het vaststellen van eenvormige voorschriften op het gebied van oneerlijke bedingen een doeltreffender bescherming van de consument kan worden bewerkstelligd; (...)" (eigen onderlijning)

768. *Doelstelling 1: bevordering van de interne markt* – De Richtlijn Oneerlijke Bedingen stelt als doel voorop de interne markt open te breken, en dit zowel voor consumenten als voor handelaars.²¹⁹⁴ Hiertoe dienen de hindernissen die voortvloeien uit verschillende nationale wetgevingen inzake oneerlijke bedingen te worden weggewerkt.²¹⁹⁵

Vanuit het oogpunt van de *consument* wil de Richtlijn de obstakels tot contracteren wegnemen en de consument aanmoedigen om gebruik te maken van de interne markt door over de grens te gaan shoppen.²¹⁹⁶ De consument zal geen goederen of diensten aanschaffen in het buitenland, indien hij de contractvoorwaarden niet begrijpt omwille van een vreemde taal of omdat hij niet of onvoldoende vertrouwd is met de plaatselijke wetgeving. Het zal de consument steeds aan vertrouwen ontbreken om gebruik te maken van de nieuwe mogelijkheden die door de versterking van de interne markt worden aangereikt, indien hem niet in zekere mate wordt gegarandeerd dat hij niet ernstig zal worden benadeeld.²¹⁹⁷ Naar de *handelaars* toe beoogt de Richtlijn de belemmeringen van de onderlinge concurrentieverhoudingen bij verkoop of levering van goederen of diensten in een andere staat dan de eigen lidstaat van de handelaar weg te werken.²¹⁹⁸ De Richtlijn tracht de obstakels voor handelaars bij verkoop over de grenzen heen, zoals transactiekosten en de onzekerheid of bepaalde bedingen al dan niet geldig zijn in de andere lidstaat, te verminderen.²¹⁹⁹

²¹⁹⁴ M. TENREIRO en J. KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 229.

²¹⁹⁵ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 11; M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 337; P. WÉRY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 799. Voor een kritische analyse omtrent het bereiken van deze doelstelling, zie NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 12-21.

²¹⁹⁶ Overwegingen 5, 6 en 10 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, "Een rechtlijnige richtlijn. Het voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten", *TvC* 1992, (4) 5; CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 5-6; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 11.

²¹⁹⁷ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 3 september 1990, *Parl. St.* 1990-91, nr. 1200-2, 332, bijlage 1 bij het Verslag De Cooman.

²¹⁹⁸ Overwegingen 2 en 7 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie I. DEMUYNCK, "Onrechtmatige bedingen", *AJT-Dossier* 1995-96, (1) 24; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 11; M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 337; M. TENREIRO en J. KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 229; P. WÉRY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 799.

²¹⁹⁹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 6.

769. *Doelstelling 2: verbetering van consumentenbescherming* – Overwegingen 8 en 9 Richtlijn Oneerlijke Bedingen expliciteren de doelstelling van de consumentenbescherming. Die bescherming is vooral gericht tegen het misbruik van de machtspositie door de verkoper, en in het bijzonder tegen toetredingscontracten en de oneerlijke contractuele uitsluiting van de rechten van de consument.²²⁰⁰

Er wordt opgemerkt dat de bescherming niet beperkt zou mogen blijven tot consumenten, aangezien ook de kleine handelaars bescherming behoeven ten aanzien van standaardcontracten. Vanuit het standpunt van de interne markt is het daarenboven waarschijnlijker dat de mededinging wordt verstoord op het niveau van de kleine handelaars, veeleer dan op het niveau van de consument. In sommige eerdere voorstellen voor een richtlijn werd voorzien in de mogelijkheid tot controle van de voorwaarden in alle standaardcontracten. Hieromtrent kon evenwel geen consensus worden bereikt, mede door het stevige lobbywerk van grote ondernemingen.²²⁰¹

§2. Nood aan wetgevende tussenkomst inzake oneerlijke bedingen: twee verklarende modellen

770. *Overzicht en opzet* – De regelgeving inzake oneerlijke bedingen kan vanuit twee verschillende invalshoeken of modellen benaderd worden. Van beide modellen zijn in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen sporen terug te vinden. We vangen aan met een korte situering en bespreking van beide invalshoeken. Vervolgens wordt nagegaan hoe de Richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie ter zake geïnspireerd is door beide modellen.

Hierna worden beide modellen slechts kort besproken. In een volgend hoofdstuk zal aan de hand van een rechtseconomische uitdieping van deze problematiek duidelijk worden dat het *transactiekosten*-model het meest overtuigt ter rechtvaardiging van de regeling inzake onrechtmatige bedingen, met inbegrip van de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen.²²⁰²

A. Inhoudelijke bespreking van beide modellen

771. *Situering* – Lord REID verklaarde in de befaamde Engelse *Suisse Atlantique*-zaak op beknopte wijze waarom een wetgevende en rechterlijke tussenkomst inzake oneerlijke contractuele bedingen zich opdringt: “*In the ordinary way the customer has no time to read [the standard conditions], and if he did read them he would probably not understand them. And if he did understand and object to any of them, he would generally be told he could take it or leave it. And if he then went to another supplier the result would be the same. Freedom of contract must surely imply some choice or room for bargaining*”.²²⁰³ In deze uitspraak zijn sporen terug te vinden van twee theorieën of modellen die de nood aan een wetgevende tussenkomst inzake oneerlijke contractuele bedingen verklaren. Het eerste model legt de nadruk op het misbruik van de machtspositie in hoofde van de professionele partij (*abuse theory* of *inequality of bargaining power*-theorie).²²⁰⁴ De andere theorie, die zijn oorsprong

²²⁰⁰ I. DEMUYNCK, “Onrechtmatige bedingen”, *AJT-Dossier* 1995-96, (1) 24; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 21; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 498.

²²⁰¹ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 21.

²²⁰² *Infra*, nrs. 1102 e.v.

²²⁰³ House of Lords, *Suisse Atlantique SA v. Rotterdamsche Kolen Centrale*, A.C. 1967, (361) 406. Ook aangehaald door NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 35 en P. NEBBIA, “Standard form contracts between unfair terms control and competition law”, *E.L. Rev.* 2006, (102) 102-103.

²²⁰⁴ SCHILLIG spreekt in dit verband van de theorie inzake *inequality of bargaining power* (M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 338 e.v.). TENREIRO en KARSTEN alsook SCHULTE-NÖLKE e.a. spreken op hun beurt van de *abuse theory* (M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*,

vindt in rechtseconomische analyses, legt veeleer de nadruk op de functie en de gevolgen van transactiekosten (*transaction costs theory*).²²⁰⁵ Beide modellen worden gehanteerd ter verklaring van de nood aan controle van de contractuele bedingen, doch bij beide modellen worden verschillende uitgangspunten gehanteerd.²²⁰⁶

1. Theorie inzake misbruik van machtspositie

772. *Uitgangspunt: consument als (potentieel) zwakkere contractpartij* – De theorie inzake misbruik van machtspositie vertrekt vanuit de vaststelling dat de consument op de markt de potentieel zwakkere contractpartij is die bescherming behoeft. De professionele medecontractant geniet immers een economische, intellectuele of psychologische superioriteit, waarvan hij mogelijks misbruik maakt.²²⁰⁷

773. *Gevaar voor misbruik van onderhandelingsmacht en informatieasymmetrie* – De superioriteit in hoofde van de professionele medecontractant kan in het bijzonder herleid worden tot een grotere onderhandelingsmacht en een grotere informatie kennis.²²⁰⁸ Dat houdt vooreerst in dat de consument de standaardbedingen onvoldoende begrijpt, en derhalve niet in staat is om een keuze te maken tussen de verschillende aanbiedingen op de markt. De consument die daar wel toe in staat is, beschikt daarenboven over onvoldoende onderhandelingsmacht om deze bedingen daadwerkelijk te wijzigen.²²⁰⁹ De professionele medecontractant maakt mogelijks misbruik van deze grotere onderhandelingsmacht en informatie kennis door eenzijdig bedingen op te leggen die nadelig zijn voor de consument. De consument heeft geen andere keuze dan deze – vaak zeer nadelige – clausules te aanvaarden.²²¹⁰

774. *Nood aan controle* – Deze oneerlijke contractuele bedingen kunnen aanleiding geven tot stoornissen binnen de vrije markt. Misbruik van onderhandelingsmacht door de professionele partij is een marktfalen dat door de wetgever verholpen dient te worden. Een controle door de wetgever kan het onevenwicht in onderhandelingsmacht en informatie kennis compenseren.²²¹¹ De toetsing van contractuele bedingen vloeit dan ook voort uit de vaststelling dat oneerlijke bedingen vaak gebruikt worden ten aanzien van zwakke contractpartijen. De eigenlijke reden voor de toetsing situeert zich dan

2008, 204). Aangezien ook bij de transactiekosten-theorie sprake is van *misbruik* door de professionele partij, opteren we ervoor om naar de eerste theorie te verwijzen met de benaming *theorie inzake misbruik van machtspositie*.

²²⁰⁵ SCHILLIG verwijst in dit verband ook naar de theorie van AKERLOF inzake de *market for lemons*. Meer daaromtrent, zie *infra*, nrs. 1114-1115. Zie M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 341.

²²⁰⁶ Zie ook op beknopte wijze, CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 3.

²²⁰⁷ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 338; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 3.

²²⁰⁸ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226.

²²⁰⁹ P. NEBBIA, “Standard form contracts between unfair terms control and competition law”, *E.L. Rev.* 2006, (102) 103.

²²¹⁰ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 338; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226.

²²¹¹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226.

ook *niet zozeer* in het gevaar van standaardbedingen, *maar wel* in het potentiële misbruik van een bepaalde categorie van personen, met name de consumenten.²²¹²

2. Transactiekosten-theorie

775. *Uitgangspunt: standaardbedingen verminderen de transactiekosten* – De klassieke overeenkomst, zoals geregeld in de nationale wetboeken van de 19^e eeuw, ontstaat na onderhandelingen tussen de contractpartijen. Deze onderhandelingen vergen niet enkel tijd, maar kosten ook geld. Alle kosten die samenhangen met het verwerven en het verwerken van informatie, het samenkomen en het onderhandelen, het opstellen van bindende contracten en het verzekeren van de naleving daarvan, worden de transactiekosten genoemd.²²¹³ Die kosten worden gereflecteerd in de prijs van de goederen of diensten die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken. Het is dan ook de tegenpartij, in geval van consumentencontracten de consument, die de uiteindelijke drager is van die kosten.²²¹⁴ Standaardbedingen verlagen de transactiekosten. Deze vooraf opgestelde bedingen worden immers voor meerdere contracten gehanteerd. Het overgrote deel van de contracten wordt op vandaag beheerst door standaardbedingen die vooraf zijn opgesteld, veelal door de verkoper van goederen of diensten.²²¹⁵

776. *Gevaar voor misbruik ten gevolge van afwezigheid van een competitieve markt* – De professionele contractpartij die de standaardbedingen hanteert, is veelal beter geïnformeerd dan zijn medecontractant omtrent de inhoud van die bedingen. Daarenboven kan hij de kosten van het gebruik van standaardbedingen spreiden over een onbepaald aantal transacties. Voor de medecontractant is het daarentegen vaak te duur om de informatie in te winnen die nodig is om over de voorwaarden van de overeenkomst te onderhandelen.²²¹⁶ De klant aanvaardt derhalve de standaardbedingen van de medecontractant, *niet zozeer* omdat hij beschouwd moet worden als de zwakkere contractpartij, *maar wel* omdat het voor hem de moeite niet loont om tijd en geld te investeren in het nalezen van de bedingen en het zoeken naar alternatieve standaardbedingen bij de concurrenten.²²¹⁷ Dat leidt ertoe dat er geen goed functionerende, competitieve markt is op het vlak van contractuele bedingen. Aan de medecontractant wordt derhalve *de facto* de mogelijkheid ontnomen om de contractuele bedingen in detail te herzien.²²¹⁸ Die afwezigheid van een competitieve markt op het vlak van contractuele

²²¹² SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204. Zie in dezelfde zin, P. NIHOUL, “Les consommateurs depuis le Code civil: développement progressif de diverses formes de protection”, in A. WUIFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2005, (543) 548: “Là se situe l’intérêt de la protection. Comme aucune négociation n’a pu avoir lieu, on suppose que l’acheteur a été contraint d’accepter ce que le vendeur cherchait à imposer. Il s’agit donc, par une intervention, de compenser la faiblesse de l’acheteur”

²²¹³ S. VAN ARKEL, “Massa-individualisering: de contractvrijheid van de consument in een nieuw licht”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (475) 477-478. Zie ook *infra*, nr. 1131.

²²¹⁴ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 225.

²²¹⁵ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 224. Zie ook S. VAN ARKEL, “Massa-individualisering: de contractvrijheid van de consument in een nieuw licht”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (475) 477-478.

²²¹⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 3; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 203-204.

²²¹⁷ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340.

²²¹⁸ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226.

bedingen kan door de verkoper misbruikt worden om bepaalde risico's door te schuiven naar de medecontractant via standaardbedingen.

777. *Nood aan controle* – De nood aan een controle van standaardbedingen dringt zich op, teneinde een goed functionerende, competitieve markt inzake contractuele bedingen te bewerkstelligen.²²¹⁹ De informatieasymmetrie en de ongelijke verdeling van de transactiekosten moet opnieuw in evenwicht worden gebracht door de rechterlijke toetsing van de standaardbedingen.²²²⁰ Het feit dat die bedingen onderworpen worden aan rechterlijke toetsing is niet strijdig met het beginsel van contractvrijheid. Immers, enkel wanneer beide partijen een eerlijke kans hadden om de inhoud van het contract te beïnvloeden, wordt dit beginsel gerespecteerd. Uit het bovenstaande blijkt dat dit niet het geval is, niet zozeer omwille van de economische of andere superioriteit in hoofde van de ondernemer, maar wel omwille van de hoge transactiekosten mocht dit wel gebeuren.²²²¹

B. Concrete toepassing van beide modellen

1. Toepassing in de nationale wetgevingen vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

778. *Tweespalt in de nationale wetgevingen* – Uit onderzoek van verschillende nationale wetgevingen inzake onrechtmatige bedingen, daterend van vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, blijken sommige geïnspireerd te zijn door de misbruik van machtspositie-theorie, terwijl andere gesteund zijn op de transactiekosten-theorie. De wetgevingen die tot dezelfde *strekking* behoren, blijken ook een gelijkaardig toepassingsgebied te hebben.

779. *Misbruik van machtspositie-theorie: bescherming van enkel consumenten tegen alle bedingen* – Typerend voor rechtsstelsels die op de misbruik van machtspositie-theorie gebaseerd zijn, is dat enkel de consument wordt beschermd. Er wordt echter niet enkel bescherming geboden ten aanzien van standaardbedingen, maar ook ten aanzien van de bedingen die afzonderlijk onderhandeld werden.²²²² Vanuit deze invalshoek moet de consument als zwakke contractpartij immers niet enkel beschermd worden wanneer contractuele clausules vooraf opgesteld zijn, maar ook wanneer het contract onderhandeld werd.²²²³ Als voorloper van die strekking moet verwezen worden naar de Franse wet Scrivener van 1978, waarvan de oorspronkelijke versie expliciet verwees naar het misbruik van de economische machtspositie door de verkoper.²²²⁴ Ook al bevatten de voorbereidende werken geen

²²¹⁹ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 340. Zie ook M. TENREIRO en J. KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 226: "The benefits of helping commercial transactions to go faster and cheaper must therefore be sidelined by a regulatory policy that remedies market failures to provide for fairness in contract terms".

²²²⁰ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 203-204.

²²²¹ H. KÖTZ, "Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties", in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, 1997, 138-139.

²²²² SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204. Zie in dezelfde zin, P. NIHOUL, "Les consommateurs depuis le Code civil: développement progressif de diverses formes de protection", in A. WUIFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, 2005, (543) 548.

²²²³ J. STUYCK en E. TERRY, "Le droit européen de la consommation. Développements récents", *JTDE* 2007, (257) 263.

²²²⁴ *Supra*, nrs. 748-750. Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 3; M. TENREIRO en J. KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 227. Zie ook J. CALAIS-AULOY, "Les clauses abusives en droit français", X. (ed.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, 1991, (113) 115-116; I. DE LAMBERTERIE en C. WALLAERT, "France", *RIDC* 1982, (673) 688; J. GHESTIN, "L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire", *REDC* 1993, (67) 74-75; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN

expliciete verwijzingen naar het misbruik van machtspositie in hoofde van de verkoper, toch mag ook het Belgische recht tot deze strekking worden gerekend.²²²⁵

780. *Transactiekosten-theorie: bescherming bij alle transacties tegen standaardbedingen* – De benadering van de transactiekosten-theorie viseert enkel standaardbedingen, en niet de afzonderlijk onderhandelde bedingen. Een ongelijke verdeling van de transactiekosten vloeit immers enkel voort uit het gebruik van standaardbedingen. Aangezien de potentiële gevaren van het gebruik van standaardbedingen niet enkel rijzen bij consumenten, geldt de bescherming ten aanzien van oneerlijke bedingen vanuit deze invalshoek niet enkel voor consumentencontracten, maar voor alle markttransacties waarbij er gebruik wordt gemaakt van standaardbedingen.²²²⁶ De Duitse AGB-wetgeving van 1976 kan als voortrekker van deze strekking worden beschouwd. Deze wetgeving kreeg in grote mate navolging in de Nederlandse wetgeving.²²²⁷

2. Toepassing in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

781. *Vraagstelling* – De vraag die onvermijdelijk rijst, is te weten door welk van beide theorieën de Richtlijn Oneerlijke Bedingen geïnspireerd is. Hierop kan geen eenduidig antwoord gegeven worden. Aangenomen wordt dat “*the European approach embraced the concept of abuse of power without rejecting reflections of transaction costs.*”²²²⁸

782. *Voorstel voor een richtlijn (1990): aanleuning bij misbruik van machtspositie-theorie* – Het Voorstel voor een richtlijn uit 1990 was sterk geïnspireerd door de theorie inzake misbruik van machtspositie. Dit blijkt o.m. uit de Technische Bijlage bij het Voorstel: “*Het staat de consument vrij een poging te doen het contract op basis van andere voorwaarden te sluiten dan door de leverancier worden voorgesteld. Zeer weinig consumenten zijn daartoe evenwel voldoende voorgelicht; en degenen die voorwaarden willen laten schrappen waartegen zij bezwaar maken en die willen bepalen dat de algemene rechtsregels moeten gelden, kunnen tot de ontdekking komen dat de leverancier dan weigert de overeenkomst te sluiten. Een consument die vervolgens besluit een poging te doen bij een andere leverancier zal bijna onvermijdelijk te maken krijgen met de standaardvoorwaarden van die leverancier.*”²²²⁹ Overweging 8 van het Voorstel verwees zelfs expliciet naar het beginsel dat “*kopers van goederen of diensten moeten worden beschermd tegen het misbruik van de machtspositie van de verkoper, in het bijzonder tegen eenzijdige standaardcontracten en de oneerlijke uitsluiting van*

MELLE, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995”, *JCP* 1995, (275) 277.

²²²⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 4; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204.

²²²⁶ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 225.

²²²⁷ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 3; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 227.

²²²⁸ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 227. In dezelfde zin, H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 122.

²²²⁹ Technische bijlage bij het Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 3 september 1990, *Parl. St.* 1990-91, nr. 1200-2, 334-335, bijlage 1 bij het Verslag DE COOMAN.

essentiële rechten in contracten".²²³⁰ Logischerwijze gold de bescherming in het Voorstel voor alle – derhalve ook voor de afzonderlijk onderhandelde – consumentenovereenkomsten.²²³¹

783. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen: een compromis* – De Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd uiteindelijk een compromis tussen beide strekkingen²²³², mede dankzij het stevige lobbywerk van Duitsland. Dit komt duidelijk tot uiting in overweging 9 van de Richtlijn, waar *enerzijds* verwezen wordt naar het misbruik van machtspositie door de verkoper en *anderzijds* naar het gevaar voor de oneerlijke uitsluiting van rechten in overeenkomsten, in het bijzonder bij toetredingscontracten.²²³³ Die compromissituatie veruitwendigt zich in het objectieve en subjectieve toepassingsgebied van de Richtlijn.

784. *Subjectief toepassingsgebied* – Het subjectieve toepassingsgebied van de Richtlijn is in overeenstemming met de theorie inzake misbruik van machtspositie. De Richtlijn is immers enkel van toepassing op *consumentenovereenkomsten*.²²³⁴

785. *Objectief toepassingsgebied* – Het objectieve toepassingsgebied lijkt echter moeilijker te verzoenen met de misbruik van machtspositie-theorie. Zo worden de afzonderlijk onderhandelde bedingen en de kernbedingen uitgesloten uit het toepassingsgebied. Deze uitsluitingen zouden op indirecte wijze nog verzoenbaar kunnen worden geacht met de misbruik van machtspositie-theorie.²²³⁵ Evenwel kunnen deze uitsluitingen gemakkelijk verklaard worden aan de hand van de transactiekosten-theorie. Marktfalen komt er immers enkel voor bij standaardbedingen die op een *take-it-or-leave-it*-basis aan de klant worden opgelegd, en dus niet bij afzonderlijk onderhandelde bedingen. Indien een klant, ondanks de onderhandelingen, een beding aanvaardt dat voor hem zeer nadelig is, dan kan dit een signaal zijn voor een monopoliesituatie bij de verkoper of leverancier. Tevens zou in dat geval een misbruik van de lichtgelovigheid of onwetendheid van de klant kunnen voorliggen. Beide situaties houden evenwel geen verband met het gebruik van standaardbedingen en dienen te worden aangepakt via het mededingingsrecht of via het gemeen verbintenissenrecht, waaronder de theorie van de wilsgebreken. Hetzelfde geldt voor de kernbedingen. Een onevenwicht tussen de contractuele hoofprestaties houdt geen verband met het gebruik van standaardbedingen. Kernbedingen komen zelden voor in de algemene contractvoorwaarden of in de *kleine lettertjes* van een overeenkomst.²²³⁶ Hierna zullen we dit nuanceren aangaande de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten.²²³⁷

²²³⁰ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 24 juli 1990, *PB C* 243, 28 september 1990, 2-5.

²²³¹ *Supra*, nr. 757.

²²³² CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 4.

²²³³ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204-205.

²²³⁴ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 344.

²²³⁵ Zo wordt een vooraf opgesteld beding overeenkomstig artikel 3, lid 2 Richtlijn beschouwd als een niet afzonderlijk onderhandeld beding. Bij schriftelijke overeenkomsten worden alle bedingen evenwel vooraf opgesteld, waardoor de grens tussen afzonderlijk onderhandelde bedingen en niet afzonderlijk onderhandelde bedingen vaag wordt. Hierdoor lijkt het mogelijk het toepassingsgebied van de Richtlijn uit te breiden, teneinde een grote waaier van bedingen te omvatten waarvan aan het onderhandeld karakter getwijfeld kan worden. Ook de kernbedingen die principieel uit het toepassingsgebied van de Richtlijn worden uitgesloten, zouden via de omweg van het transparantievereiste of via een enge definitie van het begrip, alsnog onder de Richtlijn kunnen worden getoetst. Zie M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 345.

²²³⁶ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 346.

²²³⁷ *Infra*, nrs. 1037 en 1060.

3. Toepassing in de rechtspraak van het Hof van Justitie

a. Procedure en sanctionering van oneerlijke bedingen

786. *Prima facie: aansluiting bij de misbruik van machtspositie-theorie* – Het Hof van Justitie bekrachtigde de theorie inzake misbruik van machtspositie als de onderliggende doelstelling van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²²³⁸ Dat wordt vooral duidelijk in de arresten *Océano Grupo* en *Mostaza Claro*, die beiden handelen over de procedure en de remedies inzake oneerlijke bedingen

In het arrest *Océano Grupo* herinnerde het Hof eraan dat “het door de richtlijn uitgewerkte beschermingsstelsel berust op de gedachte, dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze beschikt, wat ertoe leidt, dat hij met de tevoren door de verkoper opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen”.²²³⁹ In het arrest *Mostaza Claro* ging het Hof nog een stap verder. Het Hof herhaalde de voorgaande passage uit het *Océano Grupo*-arrest en stelde dat artikel 6, lid 1 Richtlijn, volgens hetwelk oneerlijke bedingen niet bindend zijn voor de consument, het belang van consumentenbescherming verwoordt. Artikel 6, lid 1 Richtlijn is een dwingende bepaling die, “rekening houdend met de zwakke positie van een der partijen bij de overeenkomst, beoogt het door deze overeenkomst vastgelegde formele evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen te vervangen door een reëel evenwicht dat de gelijkheid tussen die partijen herstelt”.²²⁴⁰ Verder werd door het Hof benadrukt dat de mogelijkheid voor nationale hoven en rechtbanken om het oneerlijke karakter van een contractueel beding ambtshalve op te werpen, een compensatie vormt voor het bestaande gebrek aan evenwicht tussen de consument en de verkoper.²²⁴¹

787. *Nuancering: overeenstemming met transactiekosten-theorie* – Ongeacht de frequente verwijzing naar de bescherming van de consument in de arresten van het Hof van Justitie, zijn deze arresten ook in overeenstemming met de transactiekosten-theorie. De bevoegdheid van een nationale rechter om een beding ambtshalve te toetsen en de toetsing door te voeren ongeacht de nationale procedurebeperkingen, versterkt de doeltreffendheid van de toetsingsprocedure. Hierdoor wordt de stimulans voor verkopers en leveranciers om eerlijke clausules te gebruiken, nog groter.²²⁴²

b. De open norm

788. *Artikel 3, lid 1 Richtlijn* – Overeenkomstig artikel 3, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk onderhandeld is, als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. Deze

²²³⁸ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 338; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 205. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 7.

²²³⁹ HvJ C-240 tot C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.* 2000, I, 4963, overweging 25; HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421, overweging 25. Zie ook M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 338; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204-205. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 7. Aangaande dit arrest, zie ook *infra*, nr. 984.

²²⁴⁰ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421, overweging 36. Aangaande dit arrest, zie ook *infra*, nr. 986.

²²⁴¹ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421, overweging 38.

²²⁴² M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 350.

bepaling vormt het hart van de Richtlijn. Nochtans bestaat heel wat onduidelijkheid over de precieze invulling van deze norm, o.m. aangaande de invulling van het goede trouw-vereiste.²²⁴³

789. *Freiburger Kommunalbauten-arrest* – Wie van het Hof van Justitie verwachtte dat verdere richtlijnen zouden gegeven worden omtrent de interpretatie van artikel 3, lid 1 Richtlijn, kwam bedrogen uit. Het Hof van Justitie oordeelde enkel dat “het Hof in het kader van de hem bij artikel 234 EG toebedeelde bevoegdheid tot uitlegging van het gemeenschapsrecht de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria kan uitleggen teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren.” Het Hof meent evenwel dat “het zich niet [kan] uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval.”²²⁴⁴ Het Hof herhaalde dit standpunt in het arrest *Mostaza Claro*.²²⁴⁵ Het oordeel over het (on)eerlijke karakter van het beding in kwestie wordt derhalve aan de nationale hoven en rechtbanken overgelaten. Die uiterst voorzichtige benadering door het Hof leidt ertoe dat er geen uniforme minimumstandaard van consumentenbescherming ten aanzien van oneerlijke bedingen wordt bereikt. De open norm kan immers verschillend geïnterpreteerd worden door de hoven en rechtbanken van de verschillende lidstaten.²²⁴⁶

790. *Aansluiting bij de transactiekosten-theorie* – Indien de doelstelling van de Richtlijn erin bestaat om een evenwicht te bewerkstelligen tussen de rechten en verplichtingen van consumenten, enerzijds, en die van verkopers en leveranciers, anderzijds, dan zou het Hof van Justitie richtlijnen moeten geven, om aan te geven wanneer een onevenwicht in onderhandelingsmacht een rechterlijke tussenkomst rechtvaardigt. De Richtlijn bereikt die doelstelling niet en, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof in het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest, zal of kan de Richtlijn dit doel ook niet bereiken. Ligt de onderliggende *ratio legis* van de Richtlijn in het verlenen van substantiële consumentenbescherming om het consumentenvertrouwen te versterken en grensoverschrijdende transacties te bevorderen, dan moet de Richtlijn als ondoeltreffend worden beschouwd.²²⁴⁷

De zaken liggen evenwel anders, indien de Richtlijn benaderd wordt vanuit de transactiekosten-theorie. Vanuit die benadering volstaat het immers dat er dwingende regels worden opgelegd die voorzien in efficiënte mechanismen ter controle van standaardbedingen door een onafhankelijke partij. De formulering van een minimumstandaard lijkt vanuit dat oogpunt overbodig, en zelfs contraproductief.²²⁴⁸ Die benadering stemt overeen met de voorzichtige benadering van het Hof van Justitie inzake de invulling van de open norm, daar waar het Hof oordeelt dat de vraag of een beding oneerlijk is, een vraag is die enkel beoordeeld kan worden in een nationale context.²²⁴⁹

²²⁴³ Meer daaromtrent, zie *infra*, nrs. 932-933.

²²⁴⁴ HvJ C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, *Jur.* 2004, I, 3403, overweging 22. Zie ook *infra*, nr. 939.

²²⁴⁵ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421.

²²⁴⁶ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 355.

²²⁴⁷ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 356.

²²⁴⁸ *Infra*, nr. 1145.

²²⁴⁹ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 356.

AFDELING III. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE ONRECHTMATIGE BEDINGENLEER

§1. Toepassingsgebied *ratione personae*

791. *Situering* – Een schets van het personele toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingenleer is noodzakelijk voor een juiste omkadering en een goed begrip van die regelgeving. We beperken ons echter tot een uiterst korte schets. De bestudering van de onrechtmatige bedingenleer maakt immers op zich niet het voorwerp uit van ons onderzoek, maar moet toelaten de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen beter te kaderen. Daarenboven werd het personele toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingenleer in andere bijdragen reeds op grondige wijze bestudeerd.²²⁵⁰

A. De beschermingsgerechtigde in de onrechtmatige bedingenleer

1. Het Europese recht

792. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – In de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt het begrip *consument* gedefinieerd als “*iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen*”.²²⁵¹ Enkel de persoon die een contract sluit ter vervulling van privébehoeften, wordt beschermd. Wie deels voor privédoeleinden en deels voor professionele doeleinden contracteert, geniet geen bescherming als consument.²²⁵² Ook enkel natuurlijke personen zijn beschermingsgerechtigd.²²⁵³

2. Het nationale recht

793. *Artikel 2, 3° WMC (oud art. 1, 7° WHPC)* – Consument is “*iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt*”.²²⁵⁴ Personen die deels contracteren voor privédoeleinden en deels voor beroepsdoeleinden, vallen buiten de beschermingssfeer van de WMC (oude WHPC)²²⁵⁵, net zoals in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²²⁵⁶ Personen die optreden in de uitoefening van hun bedrijf doch buiten hun

²²⁵⁰ Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 21-65; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 17-63 en STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 107 e.v.

²²⁵¹ Art. 2, b) Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook art. 2, (1) Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008.

²²⁵² Zie o.m. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 24, met verwijzing naar HvJ C-464/01, *Gruber v. Bay Wa*, *Jur.* 2005, I, 00439. Zie ook H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 133

²²⁵³ Zie o.m. CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 25, met verwijzing naar HvJ C-541/99 en C-542/99, *Idealservice*, *Jur.* 2001, I, 09049.

²²⁵⁴ Cliënt in de WOBVB is “*iedere natuurlijke persoon die bij door deze wet bedoelde overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn beroepsactiviteit vallen*”. (art. 2, 2° WOBVB)

²²⁵⁵ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 18; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 57; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 342; J. SCHAMP en M. VAN DEN ABBEELE, “La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d’application et problèmes de droit transitoire”, *JT* 1992, (585) 592; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 16.

²²⁵⁶ Zie M. BOSMANS, “Oneerlijke en onrechtmatige bedingen: zijn de artikelen 31 en volgende van de W.H.P.C. compatibel met de EEG Richtlijn 93/13 van 5 april 1993?”, *DCCR* 1994, (678) 692; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (51) 57; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de EG-Richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 35. Zie evenwel in andere zin, DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 19-20.

specialiteit, vallen derhalve niet onder de bescherming van de WMC.²²⁵⁷ In de nieuwe WMC kunnen enkel natuurlijke personen als consument worden beschouwd.²²⁵⁸ Er moet voor ogen worden gehouden dat de WMC, en bijgevolg ook de onrechtmatige bedingenleer, enkel van toepassing is wanneer de consument contracteert met een onderneming.²²⁵⁹ Noch de verhouding tussen ondernemingen onderling, noch de verhouding tussen particulieren onderling vallen binnen dit geldingsbereik.

In het Belgische recht is enkel de consument beschermingsgerechtigd in de onrechtmatige bedingenleer. In het Duitse en Nederlandse recht is de algemene voorwaardenleer daarentegen – geheel of gedeeltelijk – opengesteld voor andere contractpartijen.²²⁶⁰ Het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 zet die stap echter niet.²²⁶¹

B. De professionele partij in de onrechtmatige bedingenleer

1. Het Europese recht

794. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – Overeenkomstig artikel 2, c) van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen is verkoper “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit*”. Hiermee wordt de nadruk gelegd op het beroepsmatige karakter van het handelen.²²⁶² In het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 is een gelijkaardige definitie opgenomen.²²⁶³

2. Het nationale recht

795. *Artikel 2, 1° WMC* – Als onderneming wordt beschouwd “*iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”. Daarmee werd opnieuw gekozen voor één definitie voor het begrip *onderneming* doorheen de ganse

²²⁵⁷ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 58; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 20; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 522.

²²⁵⁸ Onder de oude WHPC konden ook rechtspersonen als consument worden gekwalificeerd. Zie E. BALATE, “La mise en oeuvre de la directive 93/13 ce concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et droit belge”, *ERPL* 1997, (143) 145; CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 58; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1851; STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 100; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 16; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 800.

²²⁵⁹ STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 100.

²²⁶⁰ Hierboven werd reeds duidelijk dat het personele toepassingsgebied van de nationale regelgevingen inzake oneerlijke bedingen samenhangt met de aansluiting van de nationale wetgeving bij de misbruik van machtspositie-theorie dan wel bij de transactiekosten-theorie. Zie *supra*, nr. 784. Zie inzake het Nederlandse recht: art. 6:231 e.v. N.B.W.; J. HJMA, *Algemene voorwaarden*, 2003, 42-43; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 69 e.v.; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 36-37. Zie inzake het Duitse recht: § 305, (1) BGB; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 662; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1406; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 398; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1136.

²²⁶¹ Zie in dit verband de bijdrage van M.W. HESSELINK, “Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 55-102.

²²⁶² CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 22.

²²⁶³ Art. 2, (2) Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008. Zie H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 70.

wettekst.²²⁶⁴ De beoefenaars van een vrij beroep blijven van deze definitie uitgesloten.²²⁶⁵ Zij blijven onderworpen aan de WOBVB.

§2. Toepassingsgebied *ratione materiae*

796. *Situering en overzicht* – De onrechtmatige bedingenleer is van toepassing op contractuele bedingen of clausules. Aan deze bedingen worden *noch* in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, *noch* in de WMC enige vormvereisten opgelegd. In beginsel worden zowel mondelinge als schriftelijke contractuele bedingen gevisieerd. De bedingen kunnen vervat liggen in een contract, een bestelbon, een leveringsbon, een factuur, een ticket, en dergelijke meer.²²⁶⁶ In dit hoofdstuk aangaande het toepassingsgebied *ratione materiae* zullen kort twee deelaspecten nader worden onderzocht. Vooreerst zal worden nagegaan of de onrechtmatige bedingenleer ook van toepassing is op reglementaire bedingen. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre het toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingenleer zich uitstrekt tot onderhandelde bedingen, dan wel enkel beperkt is tot standaardbedingen.

A. Contractuele of reglementaire bedingen

797. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – De Richtlijn Oneerlijke Bedingen lijkt op het eerste gezicht enkel te slaan op contractuele bedingen, en niet op reglementaire bedingen. De gebruikte bewoordingen wijzen alvast in die richting, aangezien in de Richtlijn enkel melding wordt gemaakt van (*contractuele*) *bedingen*. Daarnaast worden in artikel 1, lid 2 Richtlijn van het toepassingsgebied van de Richtlijn uitgesloten “*de contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of bepalingen of beginselen van internationale overeenkomsten waarbij de Lidstaten of de Gemeenschap partij zijn, met name op het gebied van vervoer, zijn overgenomen*”. Aangenomen wordt dat deze bepaling o.m. de uitsluiting van bedingen met een reglementair karakter bewerkstelligt.²²⁶⁷

De uitsluiting van bedingen met een reglementair karakter lijkt de toepassing van de Richtlijn op de verhoudingen met de overheid op de helling te zetten. Nochtans is de overheid niet uitgesloten uit het personele toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Daarenboven wordt in overweging 14 van de Richtlijn uitdrukkelijk bepaald dat “*deze richtlijn ook van toepassing is op*

²²⁶⁴ Met de omzettingwet van 1998 werd in de afdeling inzake de onrechtmatige bedingen een afzonderlijke definitie voor het verkopersbegrip ingevoerd. Aan dit begrip werd een ruimere invulling gegeven dan in de rest van de (oude) WHPC. Zie STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 532; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1849; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 799.

²²⁶⁵ Overeenkomstig art. 2, 2° WMC is beoefenaar van een vrij beroep “*elke onderneming die geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van koophandel en die onderworpen is aan een bij wet opgericht tuchtorgaan*”.

²²⁶⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 68; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 70; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 73; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, 1993, 155; M. FLAMÉE, “Onrechtmatige bedingen”, *TBH* 1993, (630) 640; M. FLAMÉE, “Algemene bepalingen betreffende de verkoop van produkten en diensten aan de consument”, in P. DE VROEDE (ed.) *Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (77) 94; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 35; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133. Voor het Franse recht, zie art. L 132-1, lid 4 Code de la Consommation. Zie ook J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 209; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 346.

²²⁶⁷ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 67. Zie op gedetailleerde wijze, CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 52 e.v.

beroepsactiviteiten met een openbaar karakter".²²⁶⁸ Gelet op het bovenstaande wordt duidelijk dat artikel 1, lid 2 Richtlijn tot interpretatiemoeilijkheden aanleiding geeft, met name wat betreft de uitsluiting van reglementaire bedingen.²²⁶⁹

798. *Het Belgische recht* – Zowel in artikel 2, 28° WMC (oud art. 31 WHPC) als in artikel 74 WMC (oud art. 32 WHPC) wordt niet enkel gewag gemaakt van *bedingen*, maar ook van *voorwaarden*. De term *voorwaarde* wijst op reglementaire bedingen of bedingen die door de overheid gebruikt worden.²²⁷⁰ De onrechtmatige bedingenleer is derhalve ook van toepassing op leveringsvoorwaarden met een reglementair karakter die gebruikt worden door de verkopers van openbare diensten.²²⁷¹ Het ondernemingsbegrip uit artikel 2, 1° WMC (oud verkopersbegrip uit art. 31, §2, 2° WHPC) is zo ruim dat ook overheidsinstellingen eronder vallen.²²⁷² Om na te gaan of een bepaling onder de onrechtmatige bedingenleer van de WMC valt, hoeft derhalve niet te worden onderzocht of de juridische verhouding contractueel dan wel reglementair is.²²⁷³

B. Afzonderlijk onderhandelde bedingen versus standaardbedingen²²⁷⁴

799. *Vraagstelling* – Inzake het toepassingsgebied *ratione materiae* rijst de belangrijke vraag of enkel standaardbedingen, of zelfs enkel standaardbedingen uit toetredingsovereenkomsten, vallen onder de regeling inzake onrechtmatige bedingen, dan wel of deze regelgeving ook van toepassing is op afzonderlijk onderhandelde bedingen.

Voor het beantwoorden van deze vraag vertrekken we vanuit de bestudering van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, om vervolgens na te gaan hoe die Richtlijn in de nationale rechtsstelsels werd

²²⁶⁸ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 51; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 68; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 95.

²²⁶⁹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 68. Zie ook H.-W. MICKLITZ, "Unfair terms in consumer contracts", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 134-135.

²²⁷⁰ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 48 en 70; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 67; I. DEMUYNCK, "De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen", in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 72; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, 1993, 155; M. FLAMÉE, "Onrechtmatige bedingen", *TBH* 1993, (630) 640; M. FLAMÉE, "Algemene bepalingen betreffende de verkoop van produkten en diensten aan de consument", in P. DE VROEDE (ed.) *Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (77) 94; J. SCHAMP en M. VAN DEN ABEELE, "La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoires", *JT* 1992, (585) 597; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 132-133; P. WERY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 800. Zie ook COB 7 van 6 juni 2000, "Advies inzake enkele bepalingen in de algemene voorwaarden voor het vervoer van reizigers van de NMBS", in B. PONET (ed.), *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, 2010, (62) 62.

²²⁷¹ Wetsontwerp betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de gebruiker, *Parl. St. Kamer* 1989-90, nr. 1240-20, Verslag DIELENS, 8; Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1565-1, Memorie van Toelichting, 4; Grondwettelijk Hof 26 oktober 2005, *DCCR* 2006, 49, noot R. STEENNOT; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; S. STIJNS, "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, (148) 153.

²²⁷² P. WERY en G. GATHEM, "Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991", in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 15.

²²⁷³ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 67; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, "Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997", *TPR* 1999, (131) 468. Aangaande de vraag of de Franse, Nederlandse en Duitse onrechtmatige bedingenleer van toepassing zijn op reglementaire bedingen, zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 68 e.v. Voor het Franse recht, zie in het bijzonder J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 210; G. MEILHAC, "Le nouveau droit français des clauses abusives: en nouveau départ pour le juge?", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 296; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 347.

²²⁷⁴ Sommige auteurs spreken van *individueel onderhandelde bedingen*. Hiermee wordt hetzelfde bedoeld als de *afzonderlijk onderhandelde bedingen*. Wij kiezen het laatste begrip, dat tevens in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen alsook in de WOBVB wordt gehanteerd.

omgezet. Tevens richten we onze aandacht op enkele harmoniseringsinitiatieven. Alvorens dat alles aan te vatten, lijkt het evenwel onontbeerlijk om de gehanteerde terminologie scherp te stellen. In de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, alsook in de WOBVB, wordt immers melding gemaakt van verschillende begrippen, zoals afzonderlijk onderhandelde bedingen, toetredingsovereenkomst, van tevoren opgestelde bedingen en standaardbedingen. Die begrippen moeten allereerst accuraat omschreven en afgebakend worden.²²⁷⁵

1. Terminologische afbakening

800. *Onderhandelde contracten en afzonderlijk onderhandelde bedingen* – Bij de redactie van het Burgerlijk Wetboek, en in het bijzonder van Boek III, Titel III aangaande contracten of verbintenissen uit overeenkomsten in het algemeen, hadden de opstellers onderhandelde contracten of onderhandelingscontracten voor ogen. Dit zijn overeenkomsten die na onderhandelingen tussen de individuele contractpartijen of hun respectievelijke vertegenwoordigers tot stand komen.²²⁷⁶ De bedingen die daarin voorkomen, zijn onderhandelde bedingen.

Evenwel wordt in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en in de WOBVB niet louter verwezen naar *onderhandelde bedingen*, maar wordt het begrip *afzonderlijk onderhandeld beding* gehanteerd. Daarmee wordt benadrukt dat enkel bedingen die zelf het voorwerp zijn geweest van onderhandelingen, worden gevisieerd. Die bedingen worden onderscheiden van bedingen die weliswaar voorkomen in een overeenkomst waarover onderhandeld werd, doch die niet zelf het voorwerp hebben uitgemaakt van afzonderlijke onderhandelingen.²²⁷⁷ Een afzonderlijk onderhandeld beding kan ook voorkomen in een standaardcontract. Zo kan er inderdaad sprake zijn van een afzonderlijk onderhandeld beding, indien een bepaald beding op een bestelbon of in de algemene contractvoorwaarden via handgeschreven toevoeging geschrapt of gewijzigd werd en die wijziging door beide contractpartijen werd geparafeerd.

801. *Standaardcontracten en -bedingen* – Lijnrecht tegenover de onderhandelde contracten staan de standaardcontracten. Standaardcontracten worden traditioneel omschreven als “*contracten die geregeld aan een bepaalde rechtsbetrekking ten grondslag worden gelegd, waarvan de inhoud geheel of voor een belangrijk deel bestaat uit een vast samenspel van contractbedingen dat vooraf schriftelijk is opgesteld voor een onbepaald, maar groot aantal gelijksoortige gevallen, en waarin het aanvullend recht wordt gepreciseerd, aangevuld of uitgeschakeld.*”²²⁷⁸ Kenmerkend voor standaardcontracten is dat ze vooraf opgesteld zijn om een onbepaald aantal gelijksoortige situaties op identieke wijze te regelen.²²⁷⁹ Die overeenkomsten, minstens de standaardbedingen uit die overeenkomsten, zijn eenzijdig opgesteld door één van de contractpartijen, of eventueel door een derde partij.²²⁸⁰

²²⁷⁵ Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – *Clauses abusives*”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 144-147. Zie in dit verband ook de kritiek van MICKLITZ en REICH op het Richtlijnvoorstel consumentenrechten: H.-W. MICKLITZ en N. REICH, “Crónica de una muerta anunciada: the commission proposal for a ‘Directive on consumer rights’”, *CMLR* 2009, (471) 510.

²²⁷⁶ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2750.

²²⁷⁷ *Infra*, nrs. 807-808.

²²⁷⁸ M. BOSMANS, “Standaardbedingen”, *TPR* 1984, (33) 34; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 444; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112, voetnoot 2.

²²⁷⁹ T. WILHELMSSON, “Standard Form Conditions”, in X. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2004, (431) 431. In de UNIDROIT-beginselen worden standaardcontracten beschouwd als “*bepalingen die op voorhand voor algemeen en herhaald gebruik door één partij zijn opgesteld en die gebruikt worden zonder onderhandelingen met de andere partij*” (Art. 2.1.19 UNIDROIT-beginselen). De PECL omschrijven algemene contractuele voorwaarden als “*bedingen die voorafgaandelijk*

Standaardcontracten bestaan voornamelijk uit standaardbedingen.²²⁸¹ Het zijn die bedingen die vooraf opgesteld zijn en die dezelfde zijn voor een onbepaald aantal gelijksoortige contracten. Naar die standaardbedingen wordt ook verwezen met de termen *algemene bedingen* of *algemene voorwaarden*. Daarnaast bevat een standaardcontract ook een aantal bijzondere bedingen, die aanvankelijk blanco worden gelaten en die nadien door de contractpartijen moeten worden ingevuld teneinde het contract te individualiseren.²²⁸² Hierbij kan o.m. gedacht worden aan de bedingen ter identificatie van partijen alsmede bedingen aangaande de prijs en aangaande de omschrijving van het voorwerp van de prestatie (zoals hoeveelheid, specifieke eigenschappen, ...).

802. *Toetredingscontract* – Een bijzondere vorm van standaardcontract is het toetredingscontract.²²⁸³ Dit is een contract waarvan de inhoud voorafgaandelijk, volledig of gedeeltelijk, op algemene wijze werd vastgesteld.²²⁸⁴ Het is een overeenkomst, gesloten tussen twee partijen, waarbij de ene partij – d.i. de economisch zwakkere partij – geen zeggenschap heeft over de inhoud van de overeenkomst die in feite eenzijdig wordt vastgesteld door zijn medecontractant, d.i. de economisch sterkere partij. Aan de zwakkere partij komt enkel de vrijheid toe om al dan niet in het vastgestelde contractuele kader te stappen.²²⁸⁵ Van *vrijheid* is er nog minder sprake, wanneer het noodzakelijke goederen of diensten betreft, zoals water- of gasdistributie en bank- of verzekeringsdiensten.²²⁸⁶ Toetredingscontracten worden aldus gekenmerkt door (i) de economische superioriteit van één van de contractpartijen, (ii) de eenzijdige opstelling, en zelfs oplegging, van de

geformuleerd werden voor een onbepaald aantal overeenkomsten van een bepaalde aard, en die niet individueel onderhandeld werden door partijen” (Art. 2:209, lid 3 PECL).

²²⁸⁰ Er bestaan ook specifieke standaardcontracten die niet eenzijdig, maar door partijen gezamenlijk werden opgesteld. Het typevoorbeeld hiervan is de collectieve arbeidsovereenkomst. Aangezien dat een zeer specifiek geval betreft, houden we hierna geen rekening met die hypothese en gaan we uit van de eenzijdige opstelling van standaardbedingen. Zie in dat verband GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 64 en 66-67. Zie ook R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, RW 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenissen”, TPR 1975, (439) 444-445. Zie in dezelfde zin, ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 361.

²²⁸¹ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 215. HONDIUS omschrijft *standaardvoorwaarden* als “*schriftelijke concept-bedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud opgenomen te worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard*”. (E.H. HONDIUS, *Standaardvoorwaarden*, 1978, 243). Zie tevens JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 31 e.v.; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 1.

²²⁸² GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 60.

²²⁸³ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, RW 1985-1986, (2731) 2750; R. KRUTHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenissen”, TPR 1975, (439) 444-445; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112. Zie ook GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 77; J. GHESTIN, “Le principe d’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 35. FONTAINE benadrukt evenwel dat een contract dat op maat gemaakt is, ook kan worden opgelegd aan de medecontractant. Toetredingscontracten bestaan veelal uit standaardbedingen, doch dit is niet steeds zo. Zie M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapports de synthèse”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (615) 629.

²²⁸⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d’adhésion*, 1973, 27: “*Un contrat d’adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle*.” DE PAGE definieert toetredingscontracten als “*certaines contrats qui se forment sans discussion préalable, entre parties, de leurs clauses et teneur, et dans lesquels la partie acceptante se contente de donner son assentiment, d’adhérer à un projet déterminé et presque toujours immuable, à un contrat-type que lui présente la partie offrante*” (DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 536-537).

²²⁸⁵ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 535; DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 537; R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, RW 1985-1986, (2731) 2751; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 31; A. VAN OEVELEN, “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, 1991, (95) 112. Voor Frankrijk, zie GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 76; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 3-4.

²²⁸⁶ R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, RW 1985-1986, (2731) 2751; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 31.

contractuele bedingen zonder enige onderhandeling en (iii) de onveranderlijkheid van de bedingen of het standaardkarakter ervan.²²⁸⁷ Het toetredingscontract, dat een bijzondere standaardovereenkomst betreft, zal ook bestaan uit standaardbedingen, opnieuw gecombineerd met enkele bijzondere bedingen.

803. *Besluit* – Met die terminologische zijsprong werden een aantal in de Richtlijn gehanteerde begrippen, met name *afzonderlijk onderhandelde bedingen*, *toetredingsovereenkomst*, *van tevoren opgestelde bedingen* en *standaardbedingen*, omschreven en afgebakend. Kenmerkend voor *afzonderlijk onderhandelde bedingen* is dat die bedingen elk afzonderlijk in overleg of na onderhandeling tussen de contractpartijen tot stand kwamen. *Standaardbedingen* zijn bedingen die voorafgaandelijk en eenzijdig zijn opgesteld teneinde voor een onbepaald aantal contracten te dienen. *Toetredingscontracten* worden gekenmerkt doordat zij voornamelijk standaardbedingen bevatten. Een bijkomstig kenmerk van een toetredingscontract is de economische superioriteit in hoofde van één van de contractpartijen, waardoor die in staat is om de contractuele bedingen op te leggen aan de medecontractant.

Uit bovenstaande omschrijvingen volgt dan ook dat ingestemd kan worden met de categorisering door DEMUYNCK. De ruimste categorie van bedingen zijn de *niet afzonderlijk onderhandelde bedingen*. Die categorie omvat o.m. de *vooraf opgestelde bedingen*, waarvan de *standaardbedingen* op hun beurt een subcategorie vormen. Tot slot zijn de *standaardbedingen uit toetredingscontracten* een verdere deelverzameling van de standaardbedingen.²²⁸⁸

2. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen

a. Ontstaansgeschiedenis

804. *Oorspronkelijk voorstel voor een richtlijn* – De al dan niet uitsluiting van de afzonderlijk onderhandelde bedingen werd tijdens het totstandkomingsproces van de Richtlijn fel bediscussieerd.²²⁸⁹ In het Oorspronkelijke voorstel werd de werkingssfeer niet beperkt tot standaardbedingen, maar gold die voor alle bedingen – derhalve ook voor de afzonderlijk onderhandelde bedingen – uit consumentenovereenkomsten.²²⁹⁰ Daartegen kwam fel protest van o.m. Duitsland.

805. *Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn* – In het Gewijzigd voorstel werd ervoor geopteerd om twee toetsingsnormen op te nemen. Vooreerst werd voorzien in een specifieke norm voor niet-onderhandelde bedingen op basis waarvan een beding als oneerlijk werd beschouwd, indien het “*ongeacht de eisen van de goede trouw, 1) het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort; 2) ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk afwijkt van hetgeen de consument rechtmatig kon verwachten*”.²²⁹¹ Daarnaast werd een algemene toetsingsnorm opgenomen, zowel voor onderhandelde als niet-onderhandelde bedingen, waarin als criteria werden gehanteerd dat het beding (i) ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst overmatig in het nadeel van de consument uitvalt, en (ii) aan de consument wordt opgelegd wegens de economische macht van de verkoper en/of wegens zijn

²²⁸⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 1973, 27-28; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 2000, 89.

²²⁸⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 81.

²²⁸⁹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 75.

²²⁹⁰ *Supra*, nr. 757.

²²⁹¹ Art. 3, lid 1 Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 24 maart 1992, afl. 73, 9. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 76.

eigen economische en/of intellectuele zwakte.²²⁹² Uiteindelijk hield deze ingewikkelde constructie met twee toetsingsnormen geen stand, aangezien de combinatie van twee toetsingsnormen – in geval van niet-onderhandelde bedingen zelfs cumulatieve normen – als moeilijk hanteerbaar werd beschouwd.

806. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen: een compromis* – Sinds het Gezamenlijk standpunt van de Raad in 1992 werd een compromis vooropgesteld. Voortaan werden afzonderlijk onderhandelde bedingen uit de werkingssfeer van de Richtlijn gesloten. In tegenstelling tot het Duitse recht is voor de toepassing van de Richtlijn evenwel niet vereist dat het beding een standaardbeding is dat voorgeformuleerd is voor een onbepaald aantal gevallen. Ook niet afzonderlijk onderhandelde bedingen die slechts bestemd zijn voor eenmalig gebruik, vallen onder het toepassingsgebied.²²⁹³ Met die afbakening van het toepassingsgebied *ratione materiae* hanteert de Richtlijn een uniek concept dat zich situeert tussen twee systemen die voordien bestonden in de nationale wetgevingen. De Richtlijn controleert niet enkel standaardbedingen, maar onderwerpt alle niet afzonderlijk onderhandelde bedingen aan een rechterlijke toetsing.²²⁹⁴

b. Principe

807. *Toetsing van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen* – Het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt beperkt tot bedingen waarover niet afzonderlijk onderhandeld werd.²²⁹⁵ Om onder het toepassingsgebied van de Richtlijn te vallen, is het onbelangrijk of de (niet afzonderlijk onderhandelde) bedingen al dan niet in het kader van één of meerdere transacties gebruikt worden.²²⁹⁶ Derhalve vallen ook voorgeformuleerde bedingen die slechts in het kader van één transactie gebruikt worden, onder het toepassingsgebied van de Richtlijn.²²⁹⁷ Met de beperking van het toepassingsgebied tot niet afzonderlijk onderhandelde bedingen wordt de klemtoon gelegd op het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheid van de contractinhoud in hoofde van de consument.²²⁹⁸

808. *Twee categorieën van bedingen* – Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat twee categorieën van bedingen geïsoleerd worden door de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Vooreerst vallen standaardbedingen, en *a fortiori* standaardbedingen uit toetredingscontracten, onder de werkingssfeer van de Richtlijn. Het betreft de bedingen die vooraf opgesteld zijn voor een onbepaald aantal gevallen en opgelegd worden aan de consument. Daarnaast biedt de Richtlijn ook bescherming ten aanzien van bedingen die niet afzonderlijk onderhandeld werden, doch die niet vallen onder de definitie van

²²⁹² Art. 4, lid 1 Gewijzigd Voorstel van Richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 24 maart 1992, afl. 73, 9. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 76.

²²⁹³ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 204.

²²⁹⁴ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 228.

²²⁹⁵ Art. 2, a) en 3, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook overweging 12 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²²⁹⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 77; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 115 en 118.

²²⁹⁷ Zie K.-W. MICKLITZ, “Missbräuchliche Vertragsklauseln”, in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 500-501;

²²⁹⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 76; K.-W. MICKLITZ, “Missbräuchliche Vertragsklauseln”, in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 501; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 118; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 235. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STUNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 147.

standaardbedingen. Dat zal het geval zijn wanneer een beding vooraf werd opgesteld en de consument geen mogelijkheid had om de inhoud ervan te beïnvloeden.²²⁹⁹

c. Temperingen van het principe

809. *Algemeen* – De keuze van de Europese regelgever om enkel niet afzonderlijk onderhandelde bedingen te toetsen, moet genuanceerd worden. De categorie van de afzonderlijk onderhandelde bedingen werd immers tot een minimum herleid, en dit op drie wijzen.²³⁰⁰

810. *Vooraf opgestelde bedingen: vermoeden van afwezigheid van afzonderlijke onderhandeling* – Overeenkomstig artikel 3, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen geldt een (onweerlegbaar)²³⁰¹ vermoeden van afwezigheid van onderhandeling wanneer het beding, met name bij een toetredingscontract, van tevoren is opgesteld en de consument bijgevolg geen invloed op de inhoud heeft kunnen uitoefenen. Het vermoeden geldt in het bijzonder voor de gevaarlijkste vorm van vooraf opgestelde bedingen, met name de standaardbedingen uit toetredingsovereenkomsten.²³⁰²

811. *Beoordeling per beding* – Het feit dat sommige onderdelen van de overeenkomst afzonderlijk onderhandeld werden, sluit de toepassing van artikel 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen op de rest van de overeenkomst niet uit, indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst.²³⁰³ De praktijk die erin bestond om gebruik te maken van een voorgedrukte tekst met daarop enkele handgeschreven wijzigingen of aanvullingen, teneinde aan de kwalificatie van algemene voorwaarden te ontsnappen, werd hiermee verbannen.²³⁰⁴ Deze bepaling heeft weinig zin, aangezien de Richtlijn sowieso betrekking heeft op de bedingen zelf (niet *afzonderlijk* onderhandelde bedingen), en niet op de overeenkomst.²³⁰⁵

812. *Bewijslast* – De verkoper die beweert dat een standaardbeding het voorwerp is geweest van afzonderlijke onderhandeling, moet dat bewijzen.²³⁰⁶ Het vermoeden dat vooraf opgestelde bedingen niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een afzonderlijke onderhandeling (artikel 3, lid 2, eerste zinsnede Richtlijn), is bijgevolg weerlegbaar.²³⁰⁷ De bewijslast in hoofdte van de verkoper is echter zwaar. Hij moet aantonen dat de consument daadwerkelijk de mogelijkheid had om de contractinhoud te beïnvloeden. Het feit dat de consument het beding heeft aanvaard of dat de consument een keuze kon maken tussen verschillende standaardbedingen is hiertoe onvoldoende.²³⁰⁸

Bepaalde auteurs verdedigen een strikte interpretatie van deze zinsnede. Zo kan een ongewijzigd standaardbeding volgens deze auteurs nooit beschouwd worden als een afzonderlijk

²²⁹⁹ H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 128-129. Zie ook E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 148.

²³⁰⁰ E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 148-149. Zie ook COB 20 van 5 mei 2006, “Advies op een modelovereenkomst dienstverlening advocaat”, in B. PONET (ed.), *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, 2010, (120) 123-124.

²³⁰¹ Sommige auteurs beschouwen dat vermoeden als onweerlegbaar. Een beding wordt immers *steeds* geacht niet het voorwerp van onderhandeling te zijn geweest, wanneer het van tevoren is opgesteld. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71. Zie ook *infra*, nr. 812.

²³⁰² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 78.

²³⁰³ Art. 3, lid 2, tweede zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²³⁰⁴ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 79; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 75. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 72.

²³⁰⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 72.

²³⁰⁶ Art. 3, lid 2, derde zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²³⁰⁷ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 79.

²³⁰⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 80.

onderhandeld beding. Zij baseren zich hiervoor op de bewoordingen van artikel 3, lid 2, eerste zinsnede van de Richtlijn, waar gesteld wordt dat een beding *steeds* geacht wordt niet het voorwerp van afzonderlijke onderhandeling te zijn geweest, wanneer het van tevoren werd opgesteld. In die zienswijze verwijst de derde zinsnede van artikel 3, lid 2 van de Richtlijn enkel naar standaardbedingen die gewijzigd werden. De aanpassing van het standaardbeding wijst niet automatisch op het afzonderlijk onderhandeld zijn van het beding; de bewijslast hiervan ligt bij de professionele partij.²³⁰⁹

3. Het nationale recht

a. Het Belgische en het Franse recht

i. Belgische regelgeving inzake onrechtmatige bedingen

813. *WMC (oude WHPC): uitbreiding naar onderhandelde bedingen*²³¹⁰ – Het toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingenleer van de WMC strekt zich uit tot alle bedingen, en bijgevolg ook tot afzonderlijk onderhandelde bedingen. De werkingssfeer van de onrechtmatige bedingenleer in de WMC is derhalve ruimer dan die van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²³¹¹ De nadruk wordt niet zozeer gelegd op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst, maar veeleer op de inhoud van het beding. De wijze van totstandkoming zal wel een rol spelen bij de rechterlijke inhoudstoets zelf.²³¹² Een contractuele clausule waarbij de consument verklaart dat de algemene voorwaarden onderhandeld en aanvaard zijn, sluit derhalve de toepassing van de onrechtmatige bedingenleer niet uit.²³¹³

De uitbreiding van het toepassingsgebied van de onrechtmatige bedingenleer tot onderhandelde bedingen biedt het voordeel dat niet onderzocht moet worden of er daadwerkelijk

²³⁰⁹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237.

²³¹⁰ De uitbreiding van de onrechtmatige bedingenleer tot onderhandelde bedingen wordt door sommige auteurs in verband gebracht met het principe van minimumharmonisatie, zoals neergelegd in art. 8 Richtlijn. Zie o.m. A. VAN KEER, “Onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten. Vergelijking van art. 31 e.v. WHPC met de EG-richtlijn van 5 april 1993”, *Jura Falc.* 1995-1996, (287) 293 en (op impliciete wijze) P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 800. In dezelfde zin, zie ook FOD Economie, *Livre vert sur la révision de l’acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*, 2007, 8. Anderen gaan ervan uit dat een beroep op het principe van minimumharmonisatie niet nodig is. Afzonderlijk onderhandelde bedingen bevinden zich immers buiten het toepassingsgebied van de Richtlijn. Zie in dit verband SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 199.

²³¹¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 74; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 74; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, 1993, 153; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 38; J.-L. KERRELS en S. DECLOEDT, “Onrechtmatige bedingen”, in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (173) 182; J. SCHAMP en M. VAN DEN ABEELE, “La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d’application et problèmes de droit transitoires”, *JT* 1992, (585) 597; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 153; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 800.

²³¹² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 74.

²³¹³ P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 18.

onderhandelingen zijn geweest waarbij de beide partijen inspraak hebben in de contractinhoud.²³¹⁴ Er bestaat altijd het gevaar dat de onderhandelingen veeleer illusie dan werkelijkheid zijn. Bij een beperking van de bescherming tot standaardbedingen, bestaat de neiging bij de ondernemingen om die wetgeving te ontwijken door (zogezegd) afzonderlijk onderhandelde bedingen uit te werken.²³¹⁵

814. *Punten van kritiek* – Tegenstanders van de uitbreiding van het toepassingsgebied tot afzonderlijk onderhandelde bedingen vragen zich af of de consument wel bescherming behoeft tegen een beding waarvan hij de inhoud heeft kunnen beïnvloeden. In dat geval is er immers geen samenhang tussen de inhoud van het beding en de wijze waarop de wederpartij erdoor gebonden wordt.²³¹⁶ De vertegenwoordigers van producenten, distributeurs en middenstand in de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen wezen ook nog op de volgende punten van kritiek: (i) afbreuk doen aan het beginsel van contractvrijheid is alleen aanvaardbaar voor opgedrongen overeenkomsten, (ii) een consument die onderhandeld heeft over de inhoud van een beding is geen onbekwame, (iii) de Richtlijn voorziet in vermoedens en legt de bewijslast in handen van de onderneming en (iv) de handelaar dient over de nodige manoeuvreerruimte te beschikken en mag niet geklemd raken tussen een dwingende regeling van zijn verhouding met de consument en de door zijn eigen leverancier opgelegde contractvoorwaarden.²³¹⁷

815. *WOBVB: gedeeltelijke uitbreiding naar onderhandelde bedingen* – Het toepassingsgebied *ratione materiae* van de WOBVB is niet eenduidig. De algemene toetsingsnorm, neergelegd in artikel 7, §2 WOBVB, is enkel van toepassing bij bedingen of voorwaarden waarover niet afzonderlijk onderhandeld werd.²³¹⁸ In dat opzicht volgt de Belgische wetgever de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De bewoordingen van de Richtlijn worden zelfs letterlijk overgenomen.²³¹⁹ In tegenstelling tot de algemene toetsingsnorm geldt de zwarte lijst van verboden bedingen zonder onderscheid voor onderhandelde bedingen en voor standaardbedingen.²³²⁰

²³¹⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 75 en 86; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 74. Zie ook S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 153. Voor Frankrijk, zie G. MEILHAC, “Le nouveau droit français des clauses abusives: en nouveau départ pour le juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 294.

²³¹⁵ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 18; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995”, *JCP* 1995, (275) 277. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 86. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 150.

²³¹⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 86.

²³¹⁷ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 75; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 74. Zie ook COB nr. 2, Advies van 19 september 1996 over de omzetting van de richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 4.

²³¹⁸ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71; M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WÉRY (eds.), *Les pratiques du commerce, l’information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 321; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 153; P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 18.

²³¹⁹ Art. 7, § 3 WOBVB. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71-72; R. STEENNOT, “Actuele ontwikkelingen in het consumentenecht”, in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2003-2004*, 2004, (141) 171.

²³²⁰ Art. 7, § 4 WOBVB. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 71; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 153; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 150-151.

ii. Franse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen

816. *Uitbreiding naar onderhandelde bedingen* – Ook de Franse wetgever heeft ervoor geopteerd om de consument te beschermen ten aanzien van alle onrechtmatige bedingen. Zowel onderhandelde bedingen als standaardbedingen vallen onder de werkingssfeer van de wet.²³²¹ Nochtans toonden de voorbereidende werken van de wet Scrivener van 1978 duidelijk de bedoeling van de wetgever om de consument te beschermen ten aanzien van alle standaardbedingen. Tevens benadrukken Franse auteurs dat de overgrote meerderheid van consumentencontracten niet onderhandelde contracten zijn.²³²²

b. Het Nederlandse en het Duitse recht

i. Nederlandse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen

817. *Toetsing van algemene voorwaarden* – Het Nederlandse recht voorziet enkel in de rechterlijke toetsing van bedingen uit algemene voorwaarden. Deze worden gedefinieerd als “*een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, ...*”.²³²³ Om na te gaan of een beding valt onder het toepassingsgebied *ratione materiae*, wordt derhalve het bestemmingscriterium gehanteerd. Er is slechts sprake van algemene voorwaarden, en derhalve ook slechts van bescherming door de wettelijke afdeling inzake algemene voorwaarden, wanneer de bedingen bestemd zijn om meerdere malen gebruikt te worden.²³²⁴

818. *Verschillend uitgangspunt ten aanzien van Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – De Nederlandse regelgeving hanteert een ander uitgangspunt dan de Richtlijn Oneerlijke Bedingen ter afbakening van het toepassingsgebied *ratione materiae*. In het kader van de Richtlijn is het doorslaggevend of er al dan niet afzonderlijk onderhandeld werd over het beding, terwijl de Nederlandse wetgever het bestemmingscriterium hanteert. In tegenstelling tot de Nederlandse regelgeving, kan een niet afzonderlijk onderhandeld beding dat kenbaar voor eenmalig gebruik is opgesteld, wel onder het toepassingsgebied van de Richtlijn vallen.²³²⁵

Of de inhoud van het beding al dan niet beïnvloed werd door de consument, doet in de Nederlandse wetgeving niets ter zake. De invalshoek van de Nederlandse algemene voorwaardenleer verschilt dan ook sterk van die van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, waar alles rond de onderhandelingen draait.²³²⁶ Of er al dan niet onderhandelingen geweest zijn, zal evenwel ook in het

²³²¹ Art. L 132-1, lid 4 Code de la consommation. Zie ook bij J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 210; J. CALAIS-AULOY, “Les clauses abusives en droit français”, X. (ed.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, 1991, (113) 115-116; I. DE LAMBERTERIE en C. WALLAERT, “France”, *RIDC* 1982, (673) 688; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 19-20; J. GHESTIN, “L’élimination des clauses abusives en droit français, à l’épreuve du droit communautaire”, *REDC* 1993, (67) 74-75; D. MAZEAUD, “La loi dur 1er février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformatte”, *Droit et patrimoine*, 1995, (42) 46; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 345-346. Voor een beschrijving van de voorbereidende werken, zie H. BRICKS, *Les clauses abusives*, 1982, 116-117.

²³²² G. MEILHAC, “Le nouveau droit français des clauses abusives: en nouveau départ pour le juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 294.

²³²³ Art. 6:231 N.B.W. Zie ook ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 365.

²³²⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 365-366; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingssfeer afdeling 6.5.3.”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDERIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 87; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 41; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 3. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 82.

²³²⁵ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 367; M.H. WISSINK, “Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen”, (noot onder HvJ 10 mei 2001), *NTBR* 2002, (152) 152.

²³²⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 83.

Nederlandse recht een rol spelen bij de inhoudelijke toetsing van het beding aan de open norm of aan de grijze lijst.²³²⁷ De Nederlandse wetgever biedt meer bescherming dan de Richtlijn doordat het feit dat over een beding onderhandeld is, niet meebrengt dat het aan het toepassingsgebied van de regeling is onttrokken.²³²⁸ Een afzonderlijk onderhandeld beding wordt immers veelal beperkt uitgelegd, in die zin dat wanneer over een vooraf opgesteld beding wel onderhandeld is, maar het beding niet gewijzigd is²³²⁹, het beding als algemene voorwaarde blijft aangemerkt.²³³⁰

ii. Duitse regelgeving inzake onrechtmatige bedingen

819. *Toetsing van algemene voorwaarden* – Ook de Duitse wetgever opteerde voor een toetsing van algemene voorwaarden of standaardbedingen. Overeenkomstig §305, lid 1 BGB zijn algemene voorwaarden vooraf opgestelde bedingen die voor veelvuldig gebruik opgesteld zijn (*“alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen”*). Er moet gewezen worden op §305, lid 1, laatste zinsnede BGB, waarin bepaald wordt dat er geen algemene contractuele bedingen voorliggen, wanneer deze bedingen door de contractpartijen afzonderlijk onderhandeld werden. Het ontnemen van de kwalificatie van algemene voorwaarden veronderstelt wel een reële onderhandelingsmogelijkheid, met name een wijzigingsbereidheid in hoofde van de gebruiker en een wijzigingsbevoegdheid in hoofde van zijn tegenpartij.²³³¹ Het Bundesgerichtshof hanteert een zeer enge definitie van afzonderlijk onderhandelde bedingen. Zo wordt een beding slechts beschouwd als afzonderlijk onderhandeld, wanneer de klant de inhoud van de overeenkomst ook volledig begrijpt en op de hoogte is van de wettelijke gevolgen.²³³²

820. *Omzetting Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – Met het oog op de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd een nuancering toegevoegd in §310, lid 3 BGB. Overeenkomstig deze bepaling zijn de §§ 305c, lid 2 (verrassende en meerduidige bedingen) en 306 tot 309 BGB (de algemene toetsingsnorm, de grijze en zwarte lijst en de sanctioneringsbepaling) ook van toepassing op vooraf opgestelde contractuele bedingen die slechts voor eenmalig gebruik bestemd zijn, indien de consument door het vooraf opgesteld zijn van die voorwaarden geen invloed kon uitoefenen op hun inhoud (*“wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte”*).²³³³

²³²⁷ LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 3-4. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 83.

²³²⁸ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 367; M.H. WISSINK, “Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen”, (noot onder HvJ 10 mei 2001), *NTBR* 2002, (152) 152.

²³²⁹ De omschrijving van art. 6:231, a N.B.W. sluit bedingen uit die na onderhandelingen gewijzigd zijn. Die bedingen zijn immers niet opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Zie JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 54; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 3.

²³³⁰ M.B.M. LOOS, “Herziening van het Europese consumentenrecht, deel II”, *NTER* 2008, (74) 74; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 3.

²³³¹ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 55. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 85.

²³³² BGH 19 mei 2005, *NJW* 2005, 2543. Zie ook SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 226.

²³³³ Zie ook bij DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 344; H. HEINRICHS, “Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, *NJW* 1993, (1817) 1818; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 119.

4. Harmoniseringsinitiatieven

a. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008

821. *Artikel 30 en overweging 45 Richtlijnvoorstel* – Het hoofdstuk inzake oneerlijke bedingen is, overeenkomstig artikel 30, lid 1 Richtlijnvoorstel, enkel van toepassing op “*bedingen in overeenkomsten die van te voren door de handelaar of een derde partij zijn opgesteld en waarmee de consument heeft ingestemd zonder invloed op de inhoud te hebben, met name wanneer dergelijke bedingen in overeenkomsten onderdeel zijn van een vooraf opgestelde standaardovereenkomst*”.²³³⁴ Dat de consument de mogelijkheid heeft gehad om de inhoud van (bepaalde aspecten van) één van de contractuele bedingen te beïnvloeden, staat niet in de weg aan de toepassing van dit hoofdstuk op de andere bedingen van de overeenkomst.²³³⁵ De handelaar die beweert dat een contractueel beding afzonderlijk onderhandeld werd, moet dit bewijzen.²³³⁶

Overweging 45 richtlijnvoorstel verduidelijkt dat consumenten beschermd moeten worden tegen oneerlijke bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, zoals standaardbedingen. De regels inzake oneerlijke bedingen moeten niet van toepassing zijn op bedingen waarmee de consument na onderhandeling heeft ingestemd. Het aanbieden aan de consument van een keuzemogelijkheid tussen verschillende bedingen die opgesteld werden door de handelaar of door een derde partij die namens hem optreedt, kan echter niet als een onderhandeling worden beschouwd.²³³⁷

822. *Geen grote inhoudelijke wijzigingen* – Daar waar de Richtlijn als criterium ter afbakening van het toepassingsgebied *niet afzonderlijk onderhandelde bedingen* vooropstelt, vermeldt het richtlijnvoorstel “*bedingen in overeenkomsten die voorafgaandelijk zijn vastgelegd en waarbij de consument geen mogelijkheid had om te beïnvloeden*”. Dat daarmee nog steeds beoogd wordt om de niet afzonderlijk onderhandelde bedingen uit te sluiten, blijkt uit overweging 45 richtlijnvoorstel. Daarenboven beklemtoonden ook de commentatoren van de huidige richtlijn als onderliggend criterium reeds het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheid van de contractinhoud in hoofde van de consument.²³³⁸

Rest nog de vraag waarin het richtlijnvoorstel dan verschilt van de huidige richtlijn. Artikel 30, lid 1 en 2 richtlijnvoorstel is duidelijker geformuleerd dan de corresponderende bepaling uit de huidige richtlijn. De tegenstrijdigheid uit artikel 3 van de richtlijn is weggewerkt²³³⁹ en het (eigenlijke) onderscheidingscriterium komt beter tot uiting. Onder de huidige richtlijn worden enkel niet

²³³⁴ Zie ook M.B.M. LOOS, “Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel”, *TvC* 2008, (173) 177; J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129.

²³³⁵ Art. 30, lid 2 Richtlijnvoorstel consumentenrechten.

²³³⁶ Art. 33 Richtlijnvoorstel consumentenrechten. Aangezien het criterium in het richtlijnvoorstel “*de voorafgaande vastlegging van het beding en de mogelijkheid tot beïnvloeding door de consument*” is (en niet het al dan niet afzonderlijk onderhandeld karakter van een beding), is het niet logisch dat dit laatste criterium opnieuw wordt aangehaald in art. 33 richtlijnvoorstel.

²³³⁷ Overweging 45 Richtlijnvoorstel consumentenrechten. Zie ook BGH 3 december 1991, *NJW* 1992, 503, ook aangehaald door H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK en E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, 2010, 287-188. Zie ook H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 72.

²³³⁸ *Supra*, nr. 807. In dezelfde zin, E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 152; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 72.

²³³⁹ J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129. Over deze tegenstrijdigheid, zie *supra*, nrs 810 en 812.

afzonderlijk onderhandelde bedingen getoetst. Een beding wordt vermoed niet afzonderlijk onderhandeld te zijn, indien het vooraf is opgesteld en de consument bijgevolg geen invloed kon hebben op de inhoud ervan. Het richtlijnvoorstel stelt duidelijk het vooraf opgestelde karakter van een beding waarbij de consument geen mogelijkheid had om het te beïnvloeden, als criterium voorop.²³⁴⁰

Het feit dat (sommige onderdelen van) een beding het voorwerp is/zijn geweest van afzonderlijke onderhandelingen, sluit de toepassing van artikel 3 richtlijn op de rest van de overeenkomst niet uit, “indien de globale beoordeling leidt tot de conclusie dat het niettemin gaat om een toetredingsovereenkomst”. Dit laatste vereiste van de globale beoordeling wordt niet opgenomen in het richtlijnvoorstel. Het belang hiervan in de praktijk blijft evenwel beperkt.²³⁴¹

823. *(Mogelijke) Gevolgen van keuze voor volledige harmonisatie* – Op basis van het voorgaande zou besloten kunnen worden dat het richtlijnvoorstel op dit punt nauwelijks vernieuwing met zich meebrengt. Deze vaststelling moet onmiddellijk kritisch in vraag gesteld worden, gelet op de keuze door de Commissie voor volledige harmonisatie. In het bijzonder rijst de vraag of de onrechtmatige bedingenleer uit de WMC (oude WHPC) in zijn huidige vorm, d.i. ook van toepassing op afzonderlijk onderhandelde bedingen, behouden kan blijven.

824. *Uitgangspunt: stellingname Europese Commissie* – De Commissie heeft aangegeven dat het principe van maximumharmonisatie geen invloed heeft op nationale wetgeving die niet *getargeted* wordt (“no interference with national laws which are not targeted”). Als voorbeeld wordt expliciet vermeld dat ook de afzonderlijk onderhandelde contractuele bedingen niet geraakt worden door het richtlijnvoorstel (“individually negotiated contract terms are simply not affected by the Proposal”).²³⁴²

825. *Toetsing aan de tekst van het richtlijnvoorstel* – Bovenstaande stellingname van de Commissie lijkt moeilijk verzoenbaar met de tekst van het richtlijnvoorstel. Het richtlijnvoorstel en de toelichting hierbij benadrukken immers sterk het principe van volledige harmonisatie.²³⁴³ Artikel 4 stelt voorop dat de lidstaten in hun nationale wetgeving geen bepalingen mogen handhaven of invoeren die afwijken van de bepalingen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming moeten waarborgen. Meer specifiek wordt in overweging 45 bepaald dat de regels inzake oneerlijke bedingen niet van toepassing dienen te zijn op bedingen waarmee de consument na onderhandeling heeft ingestemd.

826. *Drie onderscheiden aspecten* – Sluit het principe van volledige harmonisatie per definitie uit dat nationale lidstaten de consument ook beschermen ten aanzien van oneerlijke onderhandelde bedingen? In navolging van HESSELINK onderscheiden we drie aspecten bij het onderzoek naar de reguleringsbevoegdheid van de lidstaten na het richtlijnvoorstel.

Vooreerst is er het aspect van het *toepassingsgebied*. Welk personeel en materieel toepassingsgebied bestrijkt het richtlijnvoorstel? Dit is een relevante vraag, aangezien al wat buiten het

²³⁴⁰ J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 4-85, (142) 152.

²³⁴¹ J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 129-130. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 152.

²³⁴² Toespraak van toenmalig Europees Commissaris Kuneva, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law - Follow-up Session & Conference*, 7 april 2009, Leuven. Zie in dezelfde zin bij P. ROTT en E. TERRY, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *ZeUP* 2009, (456) 483; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 153.

²³⁴³ Zie bv. Toelichting bij het Richtlijnvoorstel consumentenrechten, 3 en 8; Overweging 6 en 8 richtlijnvoorstel.

toepassingsgebied valt, niet getoetst moet worden aan het richtlijnvoorstel. Een tweede aspect betreft de *omvang van de harmonisatie*, of anders gesteld het aspect van de *uitputtendheid* van de regeling. Regelt het richtlijnvoorstel – binnen zijn personele en materiële toepassingsgebied – alle aspecten binnen dat toepassingsgebied? Wordt het (reeds vastgestelde) toepassingsgebied volledig bezet door het richtlijnvoorstel? Tot slot moeten de voorgaande aspecten onderscheiden worden van de vraag naar de *harmonisatiemethode* of de *harmonisatiemethode*. In geval van minimumharmonisatie kan de nationale wetgever afwijken van de bepalingen van de richtlijn, ook indien deze een uitputtende regeling bevat. Bij maximumharmonisatie zijn afwijkende nationale bepalingen niet toegestaan.²³⁴⁴

Concreet samengevat, een nationale bepaling kan dus nog toegelaten zijn omdat (i) de bepaling buiten het personele of materiële toepassingsgebied van de richtlijn valt (vraag naar het toepassingsgebied), (ii) de bepaling een aspect betreft die – weliswaar behorend tot het toepassingsgebied van de richtlijn – niet geregeld wordt door de richtlijn (vraag naar de omvang van de harmonisatie), of (iii) de richtlijn minimumharmonisatie vooropstelt en dus een hoger beschermingsniveau in de lidstaten toelaat (vraag naar de harmonisatiemethode).²³⁴⁵

827. *Toepassing inzake onderhandelde versus standaardbedingen* – Alvorens er – op basis van het principe van volledige harmonisatie – van uit te gaan dat nationale wetgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen onverzoenbaar is met het richtlijnvoorstel, moet nagegaan worden of de oneerlijke onderhandelde bedingen wel binnen het toepassingsgebied van het voorstel vallen, en zo ja, of dit aspect wel geregeld wordt in het richtlijnvoorstel.²³⁴⁶

Een aantal zinsnedes uit het richtlijnvoorstel lijken erop te wijzen dat de nationale regelgeving aangaande oneerlijke onderhandelde bedingen verenigbaar is met het richtlijnvoorstel. Zo wordt in de Toelichting gesteld dat “*de reikwijdte van het voorstel [...] beperkt [blijft] tot regels inzake consumentenbescherming in overeenkomsten tussen handelaren en consumenten. Het behelst volledige harmonisatie van alle aspecten van de consumentenbescherming die relevant zijn voor grensoverschrijdende handel, d.w.z. de aspecten die van belang zijn voor handelaren bij het opstellen van hun standaardbedingen in overeenkomsten (...)*”.²³⁴⁷ Verderop in de Toelichting wordt gesteld dat Hoofdstuk V in grote lijnen de bepalingen van Richtlijn 93/13/EEG overneemt, waarbij het gaat om oneerlijke bedingen in overeenkomsten waarover niet afzonderlijk onderhandeld is, zoals standaardbedingen.²³⁴⁸ *A contrario* zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de (oneerlijke) onderhandelde bedingen niet binnen de reikwijdte van het richtlijnvoorstel vallen.

Of de oneerlijke onderhandelde bedingen buiten het toepassingsgebied vallen dan wel of het voorstel het aspect van de oneerlijke bedingen niet uitputtend regelt, is voor de praktijk weinig

²³⁴⁴ M.W. HESSELINK, “Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), “Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief”, 2009, (55) 74 e.v. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 153-154; E. TERRY, “Afbakeningsproblemen en maximum harmonisatie: een ping-pong spel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximum harmonisatie”, *TvC* 2009, (169) 169-170.

²³⁴⁵ M.W. HESSELINK, “Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, (55) 78-79. Zie ook J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (7) 22; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 154; E. TERRY, “Afbakeningsproblemen en maximum harmonisatie: een ping-pong spel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximum harmonisatie”, *TvC* 2009, (169) 170.

²³⁴⁶ Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 154-155.

²³⁴⁷ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 8.

²³⁴⁸ Toelichting bij het richtlijnvoorstel, 11.

relevant.²³⁴⁹ TERRYIN wijst trouwens terecht op de wisselwerking tussen beide aspecten. Beide aspecten verhouden zich als communicerende vaten: hoe ruimer het (personele en materiële) toepassingsgebied wordt omschreven, hoe kleiner de kans dat het bestreken gebied uitputtend geregeld werd, en omgekeerd.²³⁵⁰

828. *Besluit: nood aan verduidelijking* – De uitspraken van de Commissie en een herlezing van het richtlijnvoorstel in het licht van bovenstaande te onderscheiden aspecten (het toepassingsgebied, de harmonisatieomvang en de harmonisatiemethode) lijken erop te wijzen dat het beginsel van volledige harmonisatie minder invloed zal hebben op de nationale regelgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen dan aanvankelijk gedacht. Wel wacht de Commissie de taak om de draagwijdte van het beginsel van volledige harmonisatie scherper te stellen en de tekst van het richtlijnvoorstel beter af te stemmen op haar doelstellingen. Zo moet de stellingname van de Commissie dat de afzonderlijk onderhandelde bedingen niet geraakt (*getargeted*) worden door het richtlijnvoorstel²³⁵¹, beter tot uiting komen in de tekst van het richtlijnvoorstel. In het licht daarvan zou overweging 45 zeker moeten worden aangepast.²³⁵²

b. Acquis-Principles

829. *Toetsing van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen* – Artikel 6:101 Acquis-Principles omschrijft het toepassingsgebied van Hoofdstuk 6 inzake niet onderhandelde bedingen. Deze bepaling is geïnspireerd op de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De bepalingen uit het hoofdstuk zijn enkel van toepassing op contractuele bedingen die niet afzonderlijk onderhandeld werden, waaronder standaardbedingen. Een beding wordt geacht niet afzonderlijk onderhandeld te zijn, indien de tegenpartij niet in staat was de inhoud te beïnvloeden omdat het op voorhand was opgesteld, in het bijzonder als onderdeel van een voorgeformuleerd standaardcontract. De gebruiker van standaardbedingen draagt de bewijslast, indien hij beweert dat een standaardbeding toch afzonderlijk onderhandeld werd.²³⁵³

²³⁴⁹ Onder het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel vallen slechts bepaalde aspecten van consumentenrechten (Overweging 9 en art. 1 richtlijnvoorstel). Een al dan niet beperkte invulling van deze aspecten – valt hieronder de oneerlijke bedingen *sensu lato* of enkel de oneerlijke niet afzonderlijk onderhandelde bedingen? – zorgt ervoor dat de nationale regelgeving inzake oneerlijke onderhandelde bedingen al dan niet buiten het toepassingsgebied valt (zie ook J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 143). Het toepassingsgebied van het voorstel kan strikt omschreven worden, zodat enkel de niet onderhandelde bedingen binnen het toepassingsgebied vallen. Onderhandelde bedingen vallen erbuiten, waardoor nationale wetgeving ter zake verenigbaar is met het richtlijnvoorstel. Omvat het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel daarentegen alle oneerlijke bedingen, d.i. zowel de onderhandelde als de niet onderhandelde, dan kan geargumenteed worden dat het voorstel (binnen dat toepassingsgebied) het aspect van de onderhandelde bedingen niet regelt. De (oneerlijke) onderhandelde bedingen vallen dan door de mazen van het niet uitputtend geregelde toepassingsgebied. Nationale regelgeving daaromtrent is dan ook niet in strijd met het richtlijnvoorstel.

²³⁵⁰ E. TERRYIN, “Afbakeningsproblemen en maximum harmonisatie: een ping-pong spel met weinig rechtszekerheid of nog een reden om omzichtig om te springen met maximum harmonisatie”, *TvC* 2009, (169) 170. HESSELINK pleit er daarentegen voor om beide aspecten strikt gescheiden te houden. Zie M.W. HESSELINK, “Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, (55) 78.

²³⁵¹ *Supra*, nr. 824.

²³⁵² In dezelfde zin, P. ROTT en E. TERRYIN, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *ZeUP* 2009, (456) 483; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 156.

²³⁵³ Art. 6:101 Acquis-Principles. In dezelfde zin, art. II-9:403 DCFR. Voor de kwalificatie als niet afzonderlijk onderhandeld beding in de DCFR speelt het echter geen rol of het beding in kwestie deel uitmaakt van standaardbedingen (‘..., *whether or not as part of standard terms*’).

Het vooraf opstellen van een beding is voldoende om aan te nemen dat de tegenpartij de bedingen niet kon beïnvloeden, zonder dat dat evenwel uitsluit dat ook andere redenen de consument kunnen verhinderen om de vooraf opgestelde bedingen te beïnvloeden.²³⁵⁴ Er wordt geen uitbreiding tot afzonderlijk onderhandelde bedingen vooropgesteld. De bepaling is van toepassing op andere contracten dan enkel de consumentencontracten, maar voor de overige bedingen van de draft moet dat voor iedere bepaling afzonderlijk bekeken worden.²³⁵⁵

De bedingen moeten elk afzonderlijk bestudeerd worden. Met onderhandelingen wordt bedoeld op echte en betekenisvolle onderhandelingen. Het zijn onderhandelingen die de mogelijkheid bieden om de contractinhoud te beïnvloeden. Een standaardbeding waarin gesteld wordt dat de tegenpartij bevestigt dat afzonderlijke onderhandelingen plaatsvonden, is niet voldoende om de bedingen te kwalificeren als onderhandelde bedingen. De bewijslast daarvan ligt bij de gebruiker die zal moeten aantonen dat er individuele onderhandelingen plaatsvonden.²³⁵⁶

830. *Achterliggende redenering* – Bij bestudering van de *ratio legis* van deze bepaling treedt opnieuw een tweesprong in het gedachtegoed op de voorgrond. Partijen moeten *enerzijds* vrij zijn om voor zichzelf te beslissen welke contractuele bepalingen het meest geschikt zijn om aan hun behoeften te voldoen. *Anderzijds* kan een partij ook geconfronteerd worden met een situatie waarin hij de bedingen wel moet aanvaarden, met name wanneer de gebruiker iedere betekenisvolle onderhandeling kan negeren of wanneer het de moeite niet loont om te onderhandelen over bepaalde clausules. Een rechterlijke tussenkomst ter toetsing van contractuele bedingen moet gerechtvaardigd zijn. Dat is het geval indien er, gelet op de concrete omstandigheden, geen echte en betekenisvolle beslissingsvrijheid bestaat, ten minste niet aan de zijde van één van de contractpartijen.²³⁵⁷ In die zin wenst men onderscheid te maken tussen contracten waar geen echte onderhandelingen plaatsvonden en contractuele bedingen die wel vrij onderhandeld werden.

c. Principles of European Contract law

831. *Toetsing van niet afzonderlijk onderhandelde bedingen* – Ook in de PECL is een bepaling inzake onrechtmatige bedingen opgenomen, met name artikel 4:110 PECL. Dat artikel is sterk geïnspireerd op de algemene toetsingsnorm van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²³⁵⁸ Er wordt vooropgesteld dat een partij een beding dat niet afzonderlijk onderhandeld werd, kan vernietigen indien het, in strijd met de eisen van goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van die partij aanzienlijk verstoort. Ook in de PECL wordt derhalve geopteerd voor een loutere bescherming ten aanzien van bedingen die niet afzonderlijk onderhandeld werden.²³⁵⁹

²³⁵⁴ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 214.

²³⁵⁵ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 215.

²³⁵⁶ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 217-218.

²³⁵⁷ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 216.

²³⁵⁸ T. WILHELMSSON, "Standard Form Conditions", in X. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2004, (431) 434.

²³⁵⁹ De bescherming van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt in de PECL wel uitgebreid wat betreft het toepassingsgebied *ratione personae*. Ook de overeenkomsten tussen particulieren alsmede de handelsovereenkomsten worden immers door de PECL gevisieerd. Zie M.M. VAN ROSSUM, "Chapter 4 Validity", in X. (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A commentary*, 2002, (191) 214. Zie ook H.W. MICKLITZ, "The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party", *JCP* 2004, (339) 348; T. WILHELMSSON, "Standard Form Conditions", in X. (ed.), *Towards a European Civil Code*, 2004, (431) 434-435. Zie ook *supra*, nr. 71.

832. *Invulling ‘afzonderlijk onderhandeld’ beding* – Een beding wordt als afzonderlijk onderhandeld beschouwd, indien het expliciet het voorwerp van onderhandelingen uitmaakt tussen partijen. Die onderhandelingen kunnen uitmonden in een nieuw voorgesteld of aangepast beding, maar ook in een ongewijzigd gebleven beding. Of een beding al dan niet afzonderlijk onderhandeld werd, zal afhangen van de omstandigheden van de zaak. Een standaardbeding wordt geacht niet afzonderlijk onderhandeld te zijn, terwijl een handgeschreven beding in één bepaald contract wel als afzonderlijk onderhandeld wordt beschouwd. De beoordeling ervan hangt uiteraard verder af van de concrete omstandigheden van de zaak.²³⁶⁰

AFDELING IV. BEPERKING VAN DE INHOUDSTOETS: ONTOETSBAARHEID VAN KERNBEDINGEN

833. *Overzicht* – In het kader van dit proefschrift is een diepgaand onderzoek van het begrip *kernbeding* onontbeerlijk.²³⁶¹ We vertrekken daarbij vanuit een kort overzicht van de nationale regelgeving ter zake (§1). Onmiddellijk wordt duidelijk dat vooral het Duitse en het Nederlandse recht van belang zullen zijn bij het onderzoek van dit begrip. Vervolgens geven we een nauwkeurige omschrijving en afbakening van het begrip (§2), en onderzoeken we ook de *ratio legis* van de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van de kernbedingen (§3). Tot slot gaan we dieper in op het transparantievoorbehoud (§4) en werpen we een blik op enkele harmoniseringsinitiatieven (§5).

834. *Terminologische opmerking* – Bij de studie van deze problematiek over de verschillende rechtsordes heen, zullen we het begrip *kernbeding* steeds als een algemene noemer hanteren, zonder hiermee specifiek te verwijzen naar het Nederlandse recht waar dat begrip zijn oorsprong vindt. Met het begrip *kernbeding* verwijzen we *zowel* naar de bedingen die betrekking hebben op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, *als* naar de bedingen die de prijs bepalen, *alsook* naar de bedingen die betrekking hebben op het evenwicht tussen de prijs of vergoeding, enerzijds, en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, anderzijds.²³⁶²

§1. Overzicht van verschillende wetgevingen

835. *Het Belgische en Franse recht: letterlijke overname van de Richtlijn* – De uitsluiting van de rechterlijke toetsing van kernbedingen is neergelegd in artikel 73, lid 3 WMC (oud 31, §3, lid 2 WHPC), alsook in artikel 8, lid 2 WOBVB. Beide artikelen bepalen dat “*de beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen [...] geen betrekking [heeft] op de bepaling van het eigenlijke*

²³⁶⁰ O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and revised*, 2000, 269.

²³⁶¹ We bespreken de kernbedingen niet onder de afdeling inzake het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, maar besteden daarentegen een afzonderlijke afdeling aan deze beperking van de inhoudstoets. De ontoetsbaarheid van kernbedingen wordt immers eerder beschouwd als een beperking van de inhoudstoets dan als een beperking van de materiële werkingssfeer van de richtlijn. Zie in dit verband o.m. Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu, nr.71-76; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 199-200; Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2007) 99 def., 20-21.

²³⁶² In dezelfde zin, P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 20. Andere auteurs verwijzen met het begrip ‘kernbeding’ enkel naar de bedingen die betrekking hebben op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, inclusief de prijsbedingen. Zij maken een onderscheid ten aanzien van de bedingen die betrekking zouden hebben op de gelijkwaardigheid van de contractuele hoofdprestaties. Zie bv. R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 136; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-18; S. STIJS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155.

voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of de vergoeding, en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd". Beide bepalingen werden in het Belgische recht ingevoegd ter omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²³⁶³ Wel waren verschillende auteurs, in navolging van DIRIX, reeds vóór die omzetting van mening dat voor de toetsing van kernbedingen geen plaats was weggelegd in de onrechtmatige bedingenleer.²³⁶⁴

Ook de Franse wetgever voegde ter omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen een bepaling in waarin de rechterlijke toetsing van kernbedingen wordt uitgesloten, met name artikel 132-1, lid 7 *Code de la Consommation*.²³⁶⁵ Het voorbehoud van begrijpelijkheid en duidelijkheid van kernbedingen werd bij die omzetting aanvankelijk niet toegevoegd aan deze ontoetsbaarheid, wat nadien evenwel werd rechtgezet.²³⁶⁶

836. *Het Duitse recht: impliciete uitsluiting* – De Europese wetgever heeft zich voor artikel 4, lid 2 Richtlijn geïnspireerd op het oude §8 AGB-Gesetz.²³⁶⁷ Het Duitse recht was reeds vertrouwd met de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen, zij het op een impliciete wijze. §307, lid 3, eerste zinsnede BGB (voormalig §8 AGB-Gesetz) bepaalt dat de algemene norm neergelegd in §307, lid 1 en 2, alsook de grijze en zwarte lijst neergelegd in §§ 308 en 309 BGB, slechts gelden voor de bedingen die van rechtsvoorschriften afwijken of die aanvullen.²³⁶⁸

Aan dat artikel wordt een dubbele betekenis toegekend. In de eerste plaats wordt hiermee beoogd om bedingen die met de wet overeenstemmen, van de inhoudelijke toetsing uit te sluiten. Het kan immers niet de bedoeling zijn om andere wetten te toetsen aan de algemene voorwaardenregeling.²³⁶⁹ Daarnaast is deze bepaling er tevens op gericht om bedingen die op directe wijze het voorwerp van de hoofdprestatie vastleggen (*Leistungsbeschreibungen*) alsook bedingen die op directe wijze de voor de prestatie verschuldigde prijs vastleggen (*Preisregelungen*), buiten het bereik van de toetsing te brengen.²³⁷⁰ §307, lid 3, eerste zinsnede BGB heeft derhalve betrekking op twee belangrijke uitsluitingen uit het toepassingsgebied, met name de uitsluiting van de wetsconforme

²³⁶³ Zowel de Belgische als de Franse wetgever namen de corresponderende bepaling uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen (quasi-)letterlijk over. Zie *infra*, nr. 860.

²³⁶⁴ *Infra*, nrs. 867 e.v.

²³⁶⁵ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX, "L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire", *REDC* 1993, (67) 81.

²³⁶⁶ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 52.

²³⁶⁷ M. TENREIRO en J. KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 239.

²³⁶⁸ § 307, lid 3, eerste zinsnede BGB: "Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden."

²³⁶⁹ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 673; J. HENNRICHs, "Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, 2002, (188) 197; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1123; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1206. Zie ook bij de Nederlandse auteur JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 45.

²³⁷⁰ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 673; C. CANARIS, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'", *AcP* 2000, (273) 327; J. HENNRICHs, "Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen", in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, (322) 343; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1123; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 421; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1206. Zie ook bij de Nederlandse auteur JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 45.

bedingen alsook de uitsluiting van de kernbedingen. De ontoetsbaarheid van kernbedingen vloeit derhalve slechts op impliciete wijze voort uit §307, lid 3, eerste zinsnede BGB.²³⁷¹ De wetgever heeft de invoeging van de AGB-wetgeving in het BGB ook niet aangegrepen om de eigenlijke betekenis van die zinsnede beter tot uiting te brengen.²³⁷²

837. *Het Nederlandse recht: uitsluiting uit de definitie van algemene voorwaarden* – Ook het Nederlandse recht, geïnspireerd op de Duitse algemene voorwaardenleer, kende vóór de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen reeds de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van kernbedingen uit de algemene voorwaardenleer. Aan het Nederlandse recht wordt ook het begrip *kernbeding* ontleend. Worden overeenkomstig artikel 6:231, a N.B.W. niet als algemene voorwaarden beschouwd, de bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze bedingen duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn. Kernbedingen zijn dus geen algemene voorwaarden.²³⁷³ De wet geeft evenwel geen nadere omschrijving van *bedingen die de kern van de prestaties aangeven*.²³⁷⁴

§2. Omschrijving en afbakening van het begrip *kernbeding*

838. *Inleiding* – Kernbedingen worden naar Belgisch recht opgevat als de bedingen waar de *essentiële contractuele elementen* in opgenomen zijn. Een toetsing van kernbedingen brengt derhalve een toetsing met zich mee van de contractuele hoofdprestaties, d.i. een rechterlijke controle van het voorwerp van de kenmerkende of hoofdverbintenissen van de overeenkomst.²³⁷⁵ Aangezien deze terminologie in het kader van de Belgische onrechtmatige bedingenleer nauwelijks gehanteerd wordt, vangen we het onderzoek naar de omschrijving en de afbakening van het begrip kernbeding aan met een blik op het Duitse en het Nederlandse recht.

A. Oorsprong van de ontoetsbaarheid van kernbedingen: het Nederlandse en Duitse recht

839. *Andere inbedding in het Nederlandse en Duitse recht* – Bij de omschrijving en de afbakening van het begrip *kernbeding* bieden vooral de Nederlandse en Duitse rechtspraak en rechtsleer een houvast. Daarbij moet wel voor ogen worden gehouden dat het Nederlandse en Duitse recht enkel standaardbedingen of algemene voorwaarden aan een rechterlijke toetsing onderwerpen.²³⁷⁶ Kernbedingen zijn echter geen standaardbedingen, maar wel onderhandelde bedingen, behoudens in geval van een gestandaardiseerde prijs, een dekkingsomschrijving in een verzekeringsovereenkomst of catalogusprijzen van postorderbedrijven.²³⁷⁷ Onderhandelde bedingen vallen in het Duitse en Nederlandse recht dus sowieso buiten de werkingssfeer van de onrechtmatige bedingenregeling.²³⁷⁸ Derhalve moet in beginsel niet eens worden bewezen dat het betrokken beding een kernbeding is. Een onderzoek naar de eventuele kwalificatie als kernbeding dient in Nederland enkel te worden gevoerd

²³⁷¹ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 327.

²³⁷² W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1123.

²³⁷³ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingssfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; G.E. LANGEMEIJER, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 1994, 103; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255.

²³⁷⁴ PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255.

²³⁷⁵ *Supra*, nrs. 6-7.

²³⁷⁶ *Supra*, nrs. 817 en 819.

²³⁷⁷ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 44.

²³⁷⁸ Het onderscheid tussen de toetsbare niet-kernbedingen en de ontoetsbare kernbedingen vormt nochtans één van de belangrijkste discussiepunten uit de algemene voorwaardenleer in de Duitse rechtsleer. Ook uit de Duitse rechtspraak blijkt het belang, aangezien veel gebruikers van algemene voorwaarden getracht hebben om aan de AGB-controle te ontsnappen door een beroep te doen op §307, lid 3 BGB. Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 93.

bij een beding dat de kern van een prestatie aangeeft en dat is opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden gebruikt. Dit zal het geval zijn bij een gestandaardiseerde prijs of bij de dekkingsomschrijving in een verzekeringsovereenkomst.²³⁷⁹

In het Belgische recht – net als in het Franse recht – zal de professionele partij daarentegen wel moeten aantonen dat het beding een kernbeding is, teneinde de rechterlijke toetsing ervan uit te sluiten.²³⁸⁰ Het is dan ook des te opvallender dat in het Nederlandse en Duitse recht heel wat uitspraken terug te vinden zijn omtrent de (kwalificatie als) kernbedingen, terwijl dat in het Belgische en Franse recht niet het geval is. Dat het Nederlandse en Duitse recht reeds vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen vertrouwd waren met deze notie, kan daarvoor een verklaring zijn.

1. Omschrijving

840. *Vuistregel: essentialia van de overeenkomst* – In het Nederlandse recht wordt een kernbeding omschreven als het beding zonder dewelke de overeenkomst niet tot stand komt, omdat de verbintenissen van de partijen in dat geval onvoldoende bepaald of bepaalbaar zouden zijn.²³⁸¹ Kernbedingen zijn derhalve de bedingen die essentieel zijn voor het bestaan van de overeenkomst.²³⁸² Het zijn bedingen “in welker afwezigheid niet afdoende kan worden voorzien door het aanvullend recht, de gewoonte, de redelijkheid of de billijkheid”.²³⁸³ Het bovenstaande criterium moet bijgeschaafd worden, aangezien de prijs naar Nederlands recht niet steeds als een essentieel element van de overeenkomst wordt beschouwd. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de aannemings- en de koopovereenkomst. De prijs wordt echter wel steeds als een kernbeding beschouwd, ook al is het geen essentieel element van de overeenkomst.²³⁸⁴ Als vuistregel kan dan ook gesteld worden dat kernbedingen samenvallen met de essentialia van de overeenkomst en met de prijs, indien de wet die laatste niet als essentieel beschouwt voor de totstandkoming van de overeenkomst.²³⁸⁵

²³⁷⁹ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 44. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 415; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 92.

²³⁸⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 108-109.

²³⁸¹ Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1521 en 1527. Zie ook HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, nr. 567, noot J. HJMA; HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6, *TvC* 1998, 36, noot G.J. RIJEN. Zie ook ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 43; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33.

²³⁸² Gerechtshof Leeuwarden 16 april 2008, www.rechtspraak.nl; Gerechtshof 's Gravenhage 28 september 2006, www.rechtspraak.nl; Rb. Utrecht 27 februari 2008, www.rechtspraak.nl; ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 75.

²³⁸³ Parl. Gesch., Inv. Boek 6, 1521; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 89-90.

²³⁸⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 43; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33. Omwille van die belangrijke nuancering opteerde de Nederlandse wetgever ervoor om niet te spreken over ‘wezenlijke’ of ‘essentiële’ verplichtingen, maar wel over bedingen die ‘de kern van de prestaties aangeven’. Zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368.

²³⁸⁵ R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90 en 91; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5.

In het Duitse recht wordt hetzelfde resultaat bekomen aan de hand van de begrippen *Leistungsbeschreibung* en *Preisregelung*. De *Leistungsbeschreibungen* of *prestatieomschrijvingen* betreffen bedingen over het voorwerp van de hoofdprestatie. Het zijn de contractuele clausules die op directe wijze de aard, de omvang en de kwaliteit van de hoofdprestatie vastleggen en zonder dewelke geen werkzame overeenkomst zou bestaan, doordat de contractuele verbintenissen onvoldoende bepaald zouden zijn.²³⁸⁶ Met *Preisregelungen* of *prijsregelingen* wordt bedoeld op de clausules die op directe wijze de prijs of de vergoeding voor de contractuele hoofdprestatie vastleggen.²³⁸⁷ Het doorslaggevende criterium om naar Duits recht te bepalen of een beding valt onder de ontoetsbare *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen* is te weten of het beding vervangen kan worden door rechtsvoorschriften zonder dat de overeenkomst onvoldoende bepaald wordt.²³⁸⁸ Dat onderscheidingscriterium – dat meteen de plaats van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in §307, lid 3, zinsnede 1 BGB verklaart²³⁸⁹ – werd door het Bundesgerichtshof reeds in 1987 aanvaard.²³⁹⁰ Bedingen die afwijken van rechtsvoorschriften of die ze aanvullen, worden uitgesloten van inhoudelijke toetsing.²³⁹¹

841. *Objectieve kwalificatie* – De kwalificatie van een beding als kernbeding gebeurt op objectieve wijze. Of een beding in een bepaalde overeenkomst een kernbeding uitmaakt, behoort niet tot de wilsautonomie van de contractpartijen, maar wordt vastgesteld aan de hand van objectieve vuistregels.²³⁹² Een beding dat voor partijen belangrijk is, is daarom nog geen kernbeding.²³⁹³ Partijen kunnen evenmin een beding als kernbeding benoemen, teneinde het te onttrekken aan rechterlijke toetsing.²³⁹⁴ Er anders over oordelen zou in strijd zijn met het dwingend karakter van de onrechtmatige bedingenregeling.²³⁹⁵

²³⁸⁶ BGH 12 juni 2001, *NJW* 2001, 2635; BGH 22 november 2000, *NJW* 2001, 1132; BGH 24 maart 1999, *NJW* 1999, 2279; BGH 30 juni 1995, *NJW* 1995, 2637; BGH 13 juli 1994, *NJW* 1994, 2693; H. HEINRICH, “Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993”, *NJW* 1994, (1380) 1383; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1208. Zie in gelijkaardige zin, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1127.

²³⁸⁷ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1209. DEMUYNCK benadrukt dat met *Preisregelungen* ook bedoeld wordt op de bedingen die de verhouding tussen de prijs en de tegenprestatie betreffen. Zie I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 416; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 93.

²³⁸⁸ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 421; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1209. Zie ook de Nederlandse auteur JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 45. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 417.

²³⁸⁹ *Supra*, nr. 836.

²³⁹⁰ BGH 12 maart 1987, *NJW* 1987, 1931.

²³⁹¹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 75.

²³⁹² *Parl. Gesch.*, Inv. Boek 6, 1521; Gerechtshof 's Gravenhage 28 september 2006, www.rechtspraak.nl; ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 43; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255.

²³⁹³ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 44; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5.

²³⁹⁴ R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKE (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34-35.

²³⁹⁵ HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567, noot J.HIJMA. Zie ook LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5. Het dwingend karakter van de onrechtmatige bedingenregeling vloeit naar Nederlands recht voort uit art. 6:246 N.B.W.

842. *HR 21 februari 2003* – In het arrest WEEVER STOUS/STICHTING PARKWONINGEN heeft de Hoge Raad de objectieve kwalificatie van kernbedingen benadrukt.²³⁹⁶ Bij de verkoop van een appartement in een serviceflatgebouw door de Stichting Parkwoningen, een stichting voor huisvesting en gezondheidszorg voor ouderen, was in de koopovereenkomst bepaald dat de Stichting in bepaalde omstandigheden, o.m. bij vertrek of bij overlijden, beschikte over een terugkooprecht gekoppeld aan een prijsbeding. De Stichting kon de flat terugkopen aan de prijs waarvoor de aanbieder verplicht was het had gekocht, gecorrigeerd met een bepaalde index. Het hof moest beoordelen of het terugkooprecht met het daaraan verbonden prijsbeding een algemene voorwaarde was overeenkomstig artikel 6:231, a N.B.W., dan wel een kernbeding uitmaakte.

Het hof kwalificeerde het beding als een kernbeding, *“aangezien de Stichting slechts langs de weg van deze bedingen kan bewerkstelligen dat zij haar doelstelling (blijvend) kan realiseren.”* Het Hof overweegt dat *“het voorkeursrecht met het daaraan verbonden prijsbeding [...] derhalve voor de Stichting een zodanig essentieel onderdeel van de overeenkomst [vormt], dat moet worden aangenomen dat de Stichting de overeenkomst zonder dit beding niet zou zijn aangegaan. Het feit dat de Stichting al in het kader van de besprekingen over de te sluiten overeenkomst heeft aangegeven dat over het beding niet kon worden onderhandeld, is met het vorenstaande in overeenstemming”*.

De Hoge Raad benadrukte daarentegen dat voor de vaststelling van wat onder een kernbeding moet worden verstaan, niet bepalend is of het beding een voor de gebruiker of voor beide partijen belangrijk punt regelt. Bepalend is of het beding van zo'n wezenlijke betekenis is dat zonder dat beding de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen, hetgeen in objectieve betekenis moet worden begrepen. De Hoge Raad oordeelde dat *“noch de door het Hof genoemde omstandigheid, dat de Stichting slechts door middel van deze bedingen kon bewerkstelligen dat zij haar doelstelling blijvend kon realiseren, noch zijn oordeel dat het voorkeursrecht met het daaraan verbonden prijsbeding voor de Stichting een zodanig essentieel onderdeel vormt van de aangegane overeenkomst, dat moet worden aangenomen dat de Stichting de overeenkomst zonder dit beding niet zou zijn aangegaan, noch de omstandigheid dat de Stichting al in het kader van de besprekingen over de te sluiten koopovereenkomst heeft aangegeven dat over dit beding niet kon worden onderhandeld, [...] het beding tot kernbeding [maakt]”*. (eigen onderlijning)

2. Voorbeelden

843. *Bedingen aangaande het voorwerp van de hoofdprestatie* – Clausules die de aard, de omvang en de kwaliteit van de verschuldigde hoofdprestatie vastleggen, zijn kernbedingen. Het gaat bijvoorbeeld om beschrijvingen van de te leveren prestatie in een bestek, een catalogus, een prospectus of in technische normen.²³⁹⁷ Ook bedingen omtrent het gewicht of de kwaliteit van verkochte soortzaken of bedingen omtrent de bestemming, de verblijfsduur en het vervoersmiddel bij een reisovereenkomst vallen hieronder.²³⁹⁸ Bedingen aangaande de dekkingsomvang in verzekeringscontracten worden eveneens als kernbedingen beschouwd.²³⁹⁹

²³⁹⁶ HR 21 februari 2003, NJ 2004, 567, noot J.HIJMA.

²³⁹⁷ Zie de Nederlandse auteur JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46. Zie ook de Duitse auteurs, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1128; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1208.

²³⁹⁸ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 90; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 414.

²³⁹⁹ Zie de Nederlandse auteurs ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34. Zie ook bij de Duitse auteurs, J. HENNRICH, “Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.),

844. *Gerechtshof Amsterdam 14 oktober 2008*²⁴⁰⁰ – Enkele particulieren sloten in 2000, 2001 en 2002 een effectenleaseovereenkomst af met Dexia. Deze overeenkomst hield in dat de particulieren van Dexia een aantal effecten (aandelen in het kapitaal van beursvennootschappen) leasen voor een bepaalde tijd. De leasesom bestond uit de aankoopprijs van de effecten en de overeengekomen rente. Deze som werd in een aantal termijnen betaald aan Dexia. De laatste termijn, die bestond uit het grootste deel van de aankoopprijs van de effecten, werd in principe verrekend met de verkoopprijs van de effecten op het einde van de looptijd. Alle overeenkomsten van de betrokken particulieren liepen af na 1 april 2003.

Vóór het einde van de overeenkomst werd aan de betrokken particulieren het zogenaamde *Dexia Aanbod* aangeboden. Dankzij dat aanbod zouden de cliënten die op het einde van hun effectenleaseovereenkomst een restschuld overhouden, over verruimde mogelijkheden beschikken bij afloop van die overeenkomst. Als voorwaarde werd aan het Dexia Aanbod gekoppeld dat cliënten moesten afzien van het ondernemen van juridische stappen aangaande deze effectenleaseovereenkomst. Het geschil had o.m. betrekking op deze bepaling van het Dexia-Aanbod. Artikel 5 bepaalde o.m. dat de cliënt (i) eventuele klachten in verband met de lease-overeenkomsten intrekt en (ii) afstand doet van zekere rechten die hem in verband met die overeenkomst zouden toekomen.

In de procedure die de cliënten tegen Dexia hadden ingespannen, voerden zij in ondergeschikte orde aan dat die bepaling onredelijk bezwarend is in de zin van de algemene voorwaardenleer uit het N.B.W. Dexia voerde aan dat het bedingen zijn die de kern van de prestaties weergeven. In eerste aanleg werd door de Amsterdamse rechtbank geoordeeld dat artikel 5 uit het Dexia Aanbod “*waarmee eisers, kort gezegd, afstand doen van zekere rechten ingevolge de effectenleaseovereenkomsten, naar objectieve maatstaven dient te worden aangemerkt als de tegenover de door Dexia geboden alternatieve mogelijkheden door eisers te leveren tegenprestatie*”. Artikel 5 werd als kernbeding beschouwd en derhalve ontoetsbaar geacht. Het Gerechtshof te Amsterdam bevestigde deze zienswijze in haar arrest van 14 oktober 2008. Het beding werd als kernbeding beschouwd: “*zij bevatten verbintenissen die [eisers], [...], tegenover de verruimde mogelijkheden voor de afwikkeling van een restschuld op zich dienden te nemen, deze verbintenissen moeten als zodanig tot de essentialia van de aanbodovereenkomsten worden gerekend en die overeenkomsten zouden daarom zonder de bedoelde bedingen, nu de daarin neergelegde verbintenissen anderszins niet bepaalbaar waren, niet tot stand zijn gekomen*”.

845. *Gerechtshof 's Gravenhage 28 september 2006*²⁴⁰¹ – Met dit arrest werd uitspraak gedaan in een zaak tussen enkele beroepsverenigingen (waaronder deze van journalisten) en Sanoma Uitgevers omtrent de algemene voorwaarden die de uitgeverij hanteert in haar licentieovereenkomsten met freelance-auteurs. Het Hof oordeelde in deze zaak dat – anders dan bij de vervaardiging van het werk door de auteur, de toestemming voor eerste publicatie en de daarvoor bedongen vergoeding – de toestemming voor verdere publicatie van het werk, waaronder toestemming voor andere vormen van publicatie, geen bestanddelen van de licentieovereenkomsten zijn die de essentialia van de overeenkomst uitmaken. Er is immers niet gebleken dat de betrokken bedingen omtrent het hergebruik zo wezenlijk zijn dat de overeenkomsten met de freelancers zonder die bedingen niet tot stand zouden zijn gekomen of dat er zonder die bedingen geen wilsovereenstemming omtrent het wezen van de zaak

Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht, 2002, (322) 343. Aangaande deze bedingen, zie *infra*, nrs. 1037 e.v.

²⁴⁰⁰ Gerechtshof Amsterdam 14 oktober 2008, www.rechtspraak.nl. Zie voor een gelijkaardige zaak, Rb. Dordrecht 12 december 2007, www.rechtspraak.nl.

²⁴⁰¹ Gerechtshof 's Gravenhage 28 september 2006, www.rechtspraak.nl.

zou zijn. De bedingen omtrent de verdere publicatie van het werk vormen dan ook geen kernbedingen in deze licentieovereenkomsten tussen de uitgeverij en de freelance auteurs.

846. *Bedingen aangaande de prijs* – Bedingen die de prijs van een prestatie concreet vastleggen (bv. een koopsom of de rente bij een geldlening), zijn steeds kernbedingen, ongeacht of het de prijs van een hoofdverbintenis of een nevenverbintenis betreft.²⁴⁰² Maakt in beginsel eveneens een kernbeding uit, het beding dat de vaststellingswijze van de vergoeding aan de hand van algemene criteria omschrijft.²⁴⁰³ Ook de clause inzake een prijskorting is een kernbeding. Het is immers pas door de overeenstemming omtrent de korting, dat de verschuldigde prijs wordt vastgelegd.²⁴⁰⁴

847. *Rechtspraak BGH* – Het Bundesgerichtshof heeft enkele belangrijke arresten gevelde aangaande kernbedingen. Het hoofdcriterium ter kwalificatie van een beding als kernbeding komt neer op de vraag of het beding vervangen kan worden door een rechtsvoorschrift zonder dat de overeenkomst onvoldoende bepaald wordt. Opvallend in de rechtspraak van het BGH is de ruime uitlegging van het begrip *rechtsvoorschrift* uit het oude §8 AGB-Gesetz. Hieronder wordt niet enkel het materiële recht verstaan, maar ook o.m. algemene rechtsbeginselen en handelsgebruiken. Deze ruime invulling van *rechtsvoorschrift* leidt ertoe dat er gemakkelijk een rechtsvoorschrift kan worden gevonden waarvan het te toetsen beding afwijkt en dat het betrokken beding in de overeenkomst zou kunnen vervangen. Hierdoor wordt de categorie van ontoetsbare kernbedingen sterk ingeperkt.²⁴⁰⁵

Zo toetste het BGH een beding aangaande de berekening van de prijs die een bedrijf, dat zelf in haar watervoorziening voorzag, moest betalen voor water dat van het waterleidingbedrijf werd afgenomen. Het beding bepaalde dat per kalenderjaar maandelijks tenminste 2/3^e moest worden betaald van het gebruik over de maand dat het gebruik het hoogst was geweest.²⁴⁰⁶ Het BGH toetste dit beding inhoudelijk, doordat het een ruime invulling gaf aan het begrip *rechtsvoorschrift*, zodat daaronder ook het algemeen rechtsbeginsel *Vertragsgerechtigkeit* kon worden begrepen.²⁴⁰⁷

3. Afbakening ten aanzien van niet-kernbedingen

848. *Afbakeningsmoeilijkheden* – De grens tussen kernbedingen en niet-kernbedingen is niet eenvoudig te trekken. DEMUYNCK illustreert dat met een verwijzing naar volgende twee bedingen: *enerzijds* het beding dat het honorarium van een architect vastlegt en hierbij rekening houdt met een aantal parameters die onzeker zijn bij de contractsluiting alsook met de regel dat bijkomend werk recht geeft op een bijkomende vergoeding, en *anderzijds* het beding dat de afgesproken prijs verhoogt. Terwijl het eerste beding wel als een kernbeding wordt beschouwd, geldt dat niet voor het tweede beding.²⁴⁰⁸ Afbakeningsmoeilijkheden doen zich in het bijzonder voor bij het onderscheid met

²⁴⁰² JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46. Zie ook de Duitse auteurs, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1129; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 332; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1209; In dezelfde zin, PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422.

²⁴⁰³ ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 331; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 90. Zo werd een beding waarin een honorariumberekening was opgenomen, als een kernbeding beschouwd (Rb. Haarlem 7 mei 2008, www.rechtspraak.nl).

²⁴⁰⁴ ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 332.

²⁴⁰⁵ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 48. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 94.

²⁴⁰⁶ Stel dat in januari het verbruik 60 eenheden is geweest, en in de overige maanden 10 eenheden, dan zou normaliter 170 eenheden verschuldigd zijn (60+ 11x10). Krachtens het voormoemde beding zijn evenwel 480 eenheden verschuldigd, met name 12x (2/3^e x 60), hetgeen een aanzienlijk verschil uitmaakt.

²⁴⁰⁷ BGH 6 februari 1985, *NJW* 1985, 3013. Zie JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 48.

²⁴⁰⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 90; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1327.

inhoudsbepalende bedingen en exoneratiebedingen, alsook bij bedingen aangaande de dekkingsomschrijving in verzekeringsovereenkomsten.²⁴⁰⁹

849. *Kernbedingen versus modaliteiten* – HARTKAMP onderscheidt drie soorten bedingen die in algemene voorwaarden voorkomen. Vooreerst bevatten algemene voorwaarden afwijkingen van wettelijke regels van aanvullend recht die tussen partijen gelden op grond van het feit dat zij een overeenkomst hebben gesloten (bv. exoneratiebedingen). Daarnaast regelen algemene voorwaarden ook aspecten die de voor de overeenkomst geldende wettelijke regeling aanvullen (bv. prijsverhogingsbedingen). Tot slot zijn er de kernbedingen.²⁴¹⁰ De eerste twee categorieën van bedingen kunnen ook omschreven worden als bedingen die de *modaliteiten* van de contractuele hoofdprestaties regelen, wat onmiddellijk impliceert dat het geen kernbedingen zijn.

850. *Bedingen aangaande de modaliteiten van het voorwerp van de hoofdprestatie* – Deze bedingen gaan over het *hoe* en *wanneer* van de hoofdprestatie.²⁴¹¹ Het zijn nevenclausules die de hoofdprestatie beperken, wijzigen of vorm geven.²⁴¹² Bedingen aangaande de leveringsplaats en -termijn, de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid, de uitbreiding van overmacht, de herroeping en opzegging van de overeenkomst zijn dan ook geen kernbedingen.²⁴¹³ Bedingen die bepalen dat de verkoper/leverancier kan kiezen welke prestatie hij verricht of die hem het recht geven de prestatie in zijn voordeel te bepalen of te wijzigen, zijn evenmin kernbedingen.²⁴¹⁴

851. *Bedingen aangaande de modaliteiten van de prijs* – Bedingen die een invloed hebben op de prijs, maar die niet louter de in geld verschuldigde hoofdprestatie vastleggen, zijn geen kernbedingen.²⁴¹⁵ Clausules inzake een prijsverhoging of een prijsbepaling door een derde zijn dan ook toetsbaar.²⁴¹⁶ Andere toetsbare niet-kernbedingen zijn bedingen inzake betalingsvoorwaarden, bedingen die van invloed zijn op de rente in geldleningsovereenkomsten, bedingen die de gebruiker zekerheid geven voor betaling van de prijs, bedingen over bijzondere prijsstoelagen voor zover die niet

²⁴⁰⁹ Op beide afbakeningsmoeilijkheden wordt hierna dieper ingegaan. Zie *infra*, nrs. 999 e.v. en 1037 e.v.

²⁴¹⁰ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368.

²⁴¹¹ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46.

²⁴¹² H. HEINRICH, “Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993”, *NJW* 1994, (1380) 1383; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1127; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1208.

²⁴¹³ Aangaande exoneratiebedingen, HR 16 mei 1997, *NJ* 2000, 1, noot CJHB. Zie ook Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1521 en 1527; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 64; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34. Zie ook de Duitse rechtsleer: PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1208. Zie tevens bij DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 95.

²⁴¹⁴ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46.

²⁴¹⁵ BGH 6 februari 1985, *NJW* 1985, 3013. In dezelfde zin, H. HEINRICH, “Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993”, *NJW* 1994, (1380) 1383; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1209. Zie tevens JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 47.

²⁴¹⁶ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1521 en 1527; ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 46; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 64; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 90. Zie ook de Duitse auteurs ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 331-332.

aan de eigenlijke prijsafspraken zijn toe te rekenen en bedingen die bepaalde kosten of opbrengsten aan een bepaalde partij toerekenen.²⁴¹⁷

852. *Rb. Almelo 13 november 2007*²⁴¹⁸ – De rechtbank oordeelde in dit vonnis dat het beding dat betrekking heeft op afwikkelingskosten, geen kernbeding uitmaakt. Het beding maakte deel uit van de algemene voorwaarden gehanteerd door een netwerk van deurwaarders en was als volgt opgesteld: “*Het Arachnicon-netwerk berekent voor de door haar verrichte netwerkzaamheden de vergoeding, zoals die in haar tarieven is bepaald. Deze tarieven maken een integraal onderdeel uit van deze algemene voorwaarden.*” In het tarievenoverzicht bij de algemene voorwaarden zijn percentages vastgelegd voor de afwikkelingskosten. Eiser heeft opdracht gegeven een executoriaal beslag te leggen en er moet vanuit worden gegaan dat het daarvoor door gedaagde te betalen loon het kernbeding is. Het betreft de in rekening gebrachte kosten voor betekening en bevel, de executiekosten en de informatiekosten. Het is aan de opdrachtgever om te beslissen of na beslaglegging en de direct daaraan verwante werkzaamheden de deurwaarder belast wordt met werkzaamheden waarvoor afwikkelingskosten in rekening kunnen worden gebracht.

4. Beoordelingsrichtlijnen

853. *Strikte interpretatie* – Zowel naar Duits als naar Nederlands recht wordt aangenomen dat het begrip *kernbeding* zo strikt mogelijk moet worden opgevat.²⁴¹⁹ Dat over een beding onderhandeld werd, is onvoldoende om een beding als kernbeding te kwalificeren.²⁴²⁰ Wel kan dat element een rol spelen bij de eventuele kwalificatie als kernbeding.²⁴²¹ Het onderhandelde karakter is immers een indicatie dat het desbetreffende beding een belangrijk aspect van de overeenkomst vormt. Dat hulpmiddel is evenwel niet sluitend. Zo wordt immers vaak onderhandeld over de leveringstermijn van een goed. Dat is evenwel slechts een subjectief hoofdbestanddeel van de overeenkomst in hoofde van één van de partijen, maar geen kernbeding.²⁴²²

854. *Vermelding op de zwarte en/of grijze lijst* – In het Nederlandse recht vormen de zwarte en grijze lijst van onredelijk bezwarende bedingen neergelegd in artikel 6:236 en 6:237 N.B.W., een houvast bij de vraag of een beding als kernbeding moet worden gekwalificeerd. Die lijsten vormen een

²⁴¹⁷ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 47, en de daar aangehaalde Duitse rechtspraak en rechtsleer; ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 331-332; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1209. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 95; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124.

²⁴¹⁸ Rb. Almelo 13 november 2007, www.rechtspraak.nl.

²⁴¹⁹ HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567, noot J.H.; HR 25 augustus 1998, *TvC* 1998, 451, noot G.J. RINKES; HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6, noot J. HJMA. Zie ook R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 43; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33. Zie aangaande het Duitse recht, NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76. Zie ook in het Engelse recht: House of Lords 25 oktober 2001 en High Court 20 februari 2004, beiden aangehaald in H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK en E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, 2010, 293-295.

²⁴²⁰ Zie aangaande het onderhandelde karakter van een beding: HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567, noot J.H.

²⁴²¹ R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90-91; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 35; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 91; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 415. Zie op kritische wijze, JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 52-53.

²⁴²² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 91.

negatieve begrenzing van het begrip kernbeding. Bevindt een beding zich op één van deze lijsten, dan kan het beding alleen daarom al geen kernbeding zijn.²⁴²³

855. *Enkel 'rechtstreekse' clausules* – In het Duitse recht leidt enkel de rechtstreekse vaststelling van de *Leistungsbeschreibung* en *Preisregelung* tot ontoetsbaarheid. Een beding wordt als niet-kernbeding beschouwd, en blijft derhalve toetsbaar, wanneer het voorwerp van de hoofdprestatie of de prijs slechts op onrechtstreekse wijze wordt beïnvloed.²⁴²⁴

5. Bewijslast

856. *Bewijslastverdeling* – Het bewijs dat een beding een *algemene voorwaarde* is in de zin van artikel 6:231, a N.B.W., rust op diegene die zich daarop beroept, d.i. de wederpartij die zich op de vernietigbaarheid van het beding in kwestie beroept. De stelling dat een beding een kernbeding is, rust daarentegen op de gebruiker van het beding.²⁴²⁵

6. Voorlopige conclusie: vergelijking tussen de Duitse en Nederlandse invulling van het begrip kernbeding

857. *Overeenstemmende begrippen vanuit verschillende invalshoeken* – Uit het bovenstaande mag zonder twijfel worden afgeleid dat de Duitse en Nederlandse concepten van *kernbedingen* overeenstemmen. Bedingen die de essentiële elementen ter bepaling van de overeenkomst vastleggen, zijn toetsbaar.²⁴²⁶ De invalshoeken bij de invulling van het begrip *kernbeding* verschillen evenwel. In het Nederlandse recht wordt het begrip *essentialia* als uitgangspunt gehanteerd, waaraan onmiddellijk wordt toegevoegd dat het begrip kernbeding ruimer is. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de kern van de hoofdprestaties en de modaliteiten ervan. In het Duitse recht bestaat het criterium uit de al dan niet vervangbaarheid van het beding door een rechtsvoorschrift. Dat criterium leidt evenzeer tot het onderscheid tussen de *essentialia*, met name *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen*, en de modaliteiten van een overeenkomst. *Essentialia* van een overeenkomst zijn immers niet vervangbaar door rechtsvoorschriften.

858. *Overzicht van criteria* – Volgende criteria onderscheiden in het Nederlandse en het Duitse recht de kernbedingen van andere bedingen: (i) kernbedingen betreffen de *essentialia* van de overeenkomst alsmede de prijs, (ii) kernbedingen bepalen de kern van de prestatie, niet de modaliteiten ervan, (iii) kernbedingen omschrijven de prestaties op rechtstreekse wijze, (iv) kernbedingen mogen niet met een bepaling van de lijsten overeenstemmen, (v) kernbedingen behoren

²⁴²³ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1527; M.B.M. LOOS, "Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten", in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 64; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 6; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 34. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 90; I. DEMUYNCK, "Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?", *TBBR* 2002, (413) 415.

²⁴²⁴ J. HENNRICH, "Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen", in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, (322) 343; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1208.

²⁴²⁵ M.B.M. LOOS, "Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten", in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 7; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 35.

²⁴²⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 95.

tot het wetsneutrale gebied, hetgeen inhoudt dat er geen wet in ruime zin gevonden wordt die het beding kan vervangen en (vi) kernbedingen liggen voor, wanneer de toetsing van deze bedingen een controle van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt.²⁴²⁷

859. *Verschillende inbedding in de algemene voorwaardenregeling* – Een opmerkelijk verschilpunt tussen beide rechtsstelsels vormt de inbedding van het begrip *kernbeding* in de algemene voorwaardenregeling. In het Nederlandse recht vallen de kernbedingen volledig buiten de algemene voorwaardenleer, aangezien een kernbeding geen algemene voorwaarde is. In het Duitse recht worden de *Leistungsbeschreibungen* en de *Preisregelungen* enkel uitgesloten van de inhoudstoets overeenkomstig §307, lid 1 en 2 BGB alsmede van de zwarte en grijze lijst neergelegd in §§308 en 309 BGB. De andere voorschriften uit de algemene voorwaardenregeling gelden echter wel voor die bedingen.²⁴²⁸

B. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen

1. Omschrijving

860. *Tweevoudige uitsluiting* – De ontoetsbaarheid van kernbedingen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen is neergelegd in artikel 4, lid 2 Richtlijn, waarin enerzijds “*de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*” en anderzijds “*de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten*” van de inhoudstoets worden uitgesloten.

Met de zinsnede *de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst* wordt verwezen naar de ontoetsbaarheid van de contractuele hoofdprestatie. De tweede zinsnede verwijst naar het prijsbeding. Doordat evenwel expliciet verwezen wordt naar *de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten*, en niet eenvoudigweg naar de bepaling of vastlegging van de prijs, wordt de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in het artikel binnengeloodst, met name het voorkomen dat de *iustum pretium*-leer wordt geïntroduceerd in de onrechtmatige bedingenleer.²⁴²⁹

861. *Inspiratie uit het Duitse recht* – Met deze tweevoudige uitsluiting bouwt de Europese regelgever verder op de tweedeling die in de Duitse doctrine wordt gemaakt tussen *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen*. Wel opteerde de Europese regelgever ervoor om de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties uitdrukkelijk in de tekst op te nemen in plaats van dit te laten voortvloeien uit het verbod op de toetsing van prijsclausules.²⁴³⁰

De uitsluiting van kernbedingen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen verwondert niet, indien men in overweging neemt dat de Richtlijn – in navolging van het Duitse recht – enkel niet afzonderlijk onderhandelde bedingen, d.z. voornamelijk standaardbedingen en toetredingscontracten, viseert. De

²⁴²⁷ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 418-419; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 96.

²⁴²⁸ W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1130; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 421. Zie in dezelfde zin, C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 329. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 418.

²⁴²⁹ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 419; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 78. Meer daarover, zie *infra*, nrs. 1086 e.v.

²⁴³⁰ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 419; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 97.

ontoetsbaarheid van kernbedingen is in dit opzicht terug te brengen op het in de praktijk gangbare onderscheid tussen *enerzijds* de algemene voorwaarden of de kleine lettertjes van een overeenkomst en *anderzijds* de bijzondere voorwaarden die per contract worden ingevuld, waaronder de kernbedingen.²⁴³¹

2. Beoordelingsrichtlijnen

862. *Vorbereidende werken: geen melding van uitsluiting kernbedingen* – Voor de concrete invulling van artikel 4, lid 2 Richtlijn bieden de voorbereidende werkzaamheden weinig soelaas. De uitsluiting van de rechterlijke toetsing van kernbedingen komt immers niet ter sprake in de voorbereidende werkzaamheden. Noch het Voorstel voor een richtlijn²⁴³², noch het Gewijzigd voorstel voor een richtlijn²⁴³³, noch het Opnieuw behandeld voorstel voor een richtlijn²⁴³⁴ vermelden de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen.²⁴³⁵ Sommige auteurs besloten na lezing van die voorbereidende documenten dan ook dat de kernbedingen wel onder de toetsing van de Richtlijn vielen.²⁴³⁶

Wel werden in de voorbereidende werken aanwijzingen gegeven dat problemen zich doorgaans niet stellen met betrekking tot *detailpunten*, zoals “*de prijs, de leveringstijd en de omschrijving van de goederen*” die “*per contract verschillen*”.²⁴³⁷ Uiteindelijk werd die uitsluiting in de tekst zelf van de Richtlijn opgenomen op voorstel van de Ministerraad. De definitieve tekst stemt daaromtrent overeen met wat is neergelegd in het Gemeenschappelijk Standpunt van 22 september 1992.²⁴³⁸ De Raad rechtvaardigde de uitsluiting, doordat al wat rechtstreeks resulteert uit de contractvrijheid van partijen uit het toepassingsgebied van de Richtlijn moet worden gesloten.²⁴³⁹

²⁴³¹ S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155. Zie ook I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 79.

²⁴³² Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 24 juli 1990, *PB C* 243, 28 september 1990, 2-5.

²⁴³³ Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 5 maart 1992, *PB C* 73, 24 maart 1992, 7-12.

²⁴³⁴ Opnieuw behandeld voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten van 26 januari 1993, COM/93/11DEF – SYN 285, *onuitgeg.*

²⁴³⁵ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 96. In dezelfde zin, NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124.

²⁴³⁶ H.E. BRANDNER en P. ULMER, “The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission”, *CLMR* 1991, (647) 655; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, “Een rechtlijnige richtlijn. Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1992, (4) 10, noot 25. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 96, noot 524.

²⁴³⁷ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Technische bijlage van 14 september 1990, DOC COM (90) 322 final-SYN 285, 7; Mededeling van de Commissie aan de Raad van 14 februari 1984 inzake oneerlijke clausules in consumentenovereenkomsten, *Bull. E.G. Suppl.* 1/84, 6.

²⁴³⁸ Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 283, 31 oktober 1992, 1 (kennisgeving); H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 131; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 497-498; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 239; M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 273.

²⁴³⁹ Gemeenschappelijk Standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB C* 283, 31 oktober 1992. Zie ook NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124.

863. *Reikwijdte van artikel 4, lid 2 Richtlijn* – Hoe ver de ontoetsbaarheid van artikel 4, lid 2 Richtlijn precies reikt, is onduidelijk.²⁴⁴⁰ Wat naar Europees recht nu eigenlijk begrepen moet worden onder *het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*, zal nog door het Hof van Justitie moeten worden uitgeklaard.²⁴⁴¹ Op basis van overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen wordt wel aangenomen dat artikel 4, lid 2 strikt moet worden geïnterpreteerd. Zo is de uitsluiting uit de inhoudstoets van de gelijkwaardigheid tussen de contractuele hoofdprestaties beperkt tot de verhouding tussen de prijs en de contractuele tegenprestatie. De uitsluiting geldt niet voor andere contractuele bedingen aangaande de prijs. Zo zijn clausules die bepalen hoe de prijs berekend of gewijzigd wordt, wel onderworpen aan de inhoudstoets.²⁴⁴² Hetzelfde geldt voor de bedingen die de prijs van accessoire verbintenissen vaststellen.²⁴⁴³ In dat opzicht lijkt artikel 4, lid 2 Richtlijn enger te worden geïnterpreteerd dan de corresponderende bepalingen uit het Nederlandse en Duitse recht.²⁴⁴⁴

864. *Cofidis-arrest* – In zijn conclusie naar aanleiding van de Cofidis-zaak, beoordeelt advocaat-generaal TIZZANO financiële bedingen die de contractuele rentevoet en verdragingsrente vastleggen en die een boete opleggen in geval van niet-betaling van de verschuldigde bedragen. Hij oordeelt dat die financiële bedingen het eigenlijke voorwerp van de kredietovereenkomst vormen en derhalve onder artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen vallen.²⁴⁴⁵ MICKLITZ stelt dat terecht in vraag inzake de boetebedingen.²⁴⁴⁶ Het Hof van Justitie oordeelde in dit verband dat “*de litigieuze bedingen, [...] en waarvan wordt gesteld dat zij in dubbelzinnige bewoordingen zijn geformuleerd, niet klaarblijkelijk zijn onttrokken aan de werkingssfeer van de richtlijn zoals deze in de artikelen [...], en 4, lid 2, daarvan is afgebakend*”.²⁴⁴⁷

865. *HvJ C-484/08, Caja de Madrid v. Ausbanc* – Op 3 juni 2010 heeft het Hof van Justitie een arrest gevelde dat verband houdt met de kernbedingen. Door het Spaanse Hooggerechtshof waren drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen, gelezen in samenhang met artikel 4, lid 2 Richtlijn. Deze vragen rezen in het kader van een rechtszaak tussen een Spaanse kredietinstelling (*Caja de Madrid*) en een vereniging ter behartiging van de belangen van gebruikers van diensten aangeboden door krediet- en financieringsinstellingen (*Ausbanc*). De betwisting betrof een *afrondingsclausule* die door de kredietinstelling als vooraf opgesteld standaardbeding in haar hypotheekovereenkomsten was opgenomen. Volgens die clausule wordt de door de kredietnemer

²⁴⁴⁰ W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1124.

²⁴⁴¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 97; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1124. Zie in dit verband S. WEATHERILL, “Prospects for the development of European private law through Europeanisation in the European Court. The Case of the Directive on unfair terms in consumer contracts”, *ERPL* 1995, (307) 317-318.

²⁴⁴² M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240. Zie ook G. MEILHAC, “Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau départ pour le juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 305; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124; S. WHITTAKER, “Assessing the fairness of contract terms: the parties' 'essential bargain', its regulatory context and the significance of the requirement of good faith”, *ZeuP* 2004, (75) 84. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80.

²⁴⁴³ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80. Zie in dit verband de *Director General of Fair Trading v. First National Bank*-case, besproken door S. WHITTAKER, “Assessing the fairness of contract terms: the parties' 'essential bargain', its regulatory context and the significance of the requirement of good faith”, *ZeuP* 2004, 75-98.

²⁴⁴⁴ *Supra*, nr. 846.

²⁴⁴⁵ Conclusie advocaat-generaal TIZZANO bij HvJ C-473/00, *Cofidis*, *Jur.* 2002, I, 10875, overweging 40.

²⁴⁴⁶ H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 131.

²⁴⁴⁷ HvJ C-473/00, *Cofidis*, *Jur.* 2002, I, 10875, overweging 22.

verschuldigde rente vanaf de eerste renteaanpassing vastgelegd op basis van een regel waarbij het nieuwe rentetarief, telkens wanneer het boven een breukdeel van 0,25% uitkomt, met een procentuele opslag wordt verhoogd tot het eerstvolgende breukdeel.²⁴⁴⁸ Ausbanc meent dat deze afrondingsclausule nietig is op basis van de Spaanse wet inzake algemene voorwaarden, die ook een toetsing van kernbedingen mogelijk maakt. De kredietinstelling meent dat het om een kernbeding gaat en dat een beoordeling van dit beding op basis van het Spaanse recht in strijd zou zijn met artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

De rechters in eerste aanleg en in hoger beroep oordeelden beiden dat de afrondingsclausule strijdig is met de Spaanse wet inzake algemene voorwaarden. Het Spaanse Hooggerechtshof meende dat een uitlegging van de artikelen 4, lid 2 en 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen *juncto* artikelen 2, 3, lid 1, *sub g* en 4, lid 1 (oud-)EG-Verdrag door het Hof van Justitie noodzakelijk was om de juridische gevolgen van de afwezigheid van een bepaling overeenkomstig artikel 4, lid 2 Richtlijn in de Spaanse omzettingwet te kunnen inschatten. Vooral de eerste twee prejudiciële vragen zijn hier van belang: (i) Dient artikel 8 Richtlijn Oneerlijke Bedingen aldus te worden uitgelegd dat een lidstaat in zijn wetgeving, in het belang van de consument, kan voorzien in de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen die artikel 4, lid 2 van deze richtlijn uitsluit van toetsing?; (ii) Verbiedt artikel 4, lid 2 *juncto* artikel 8 Richtlijn derhalve een lidstaat, in het belang van de consument, in zijn wetgeving te voorzien in de toetsing van het oneerlijke karakter van bedingen die betrekking hebben op *de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten*, ook al zijn deze bedingen begrijpelijk en duidelijk geformuleerd? Het Hof diende zich derhalve te buigen over de vraag of de lidstaten, door de niet-omzetting van artikel 4, lid 2 Richtlijn, de rechterlijke toetsing uit de Richtlijn kunnen uitbreiden tot de kernbedingen.

Het Hof benadrukt de gedeeltelijke en minimale harmonisatie die beoogd wordt met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. In navolging van Advocaat-Generaal TRSTENJAK²⁴⁴⁹, oordeelt het Hof dat de bedingen die vallen onder de uitsluiting van artikel 4, lid 2 Richtlijn binnen de werkingssfeer van de Richtlijn vallen. Derhalve is artikel 8 Richtlijn (beginsel van minimumharmonisatie) ook op die bedingen van toepassing: *“Or, à cet égard, il y a lieu de constater que l'article 4, paragraphe 2, de la directive prévoit uniquement que 'l'appréciation du caractère abusif' ne porte pas sur les clauses visées à cette disposition, pour autant que ces clauses sont rédigées de façon claire et compréhensible. Il découle donc des termes mêmes de l'article 4, paragraphe 2, de la directive que cette disposition, (...), ne saurait être considérée comme fixant le champ d'application matériel de la directive. Au contraire, les clauses visées audit article 4, paragraphe 2, tout en relevant du domaine régi par la directive, échappent seulement à l'appréciation de leur caractère abusif, dans la mesure où la juridiction nationale compétente devait estimer, à la suite d'un examen au cas par cas, qu'elles ont été rédigées par le professionnel de façon claire et compréhensible. (...), l'article 4, paragraphe 2, de la directive vise pour sa part, (...), uniquement à établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond des clauses contractuelles, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, qui décrivent les prestations essentielles des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.”*²⁴⁵⁰ De bedingen die vallen onder de uitsluiting van artikel 4, lid 2 Richtlijn, behoren derhalve tot het onder deze richtlijn

²⁴⁴⁸ Overeenkomstig deze afrondingsclausule wordt bv. het rentetarief dat na een renteaanpassing 4,31% bedraagt, verhoogd tot 4,5%.

²⁴⁴⁹ Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.eu.

²⁴⁵⁰ HvJ C-484/08, *Caja de Madrid v. Ausbanc*, www.curia.eu, overweging 31-34; Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 74-75. Zie in dezelfde zin ook *supra*, nr. 833, voetnoot 2361.

vallende gebied in de zin van artikel 8 Richtlijn. Deze clausules zijn enkel aan de inhoudstoets onttrokken.²⁴⁵¹

De argumentatie die de kredietinstelling ontwikkelde op basis van het arrest *Commissie v. Nederland*, wordt door het Hof verworpen. Caja de Madrid leidde uit dat arrest af dat artikel 4, lid 2 Richtlijn een dwingend karakter zou hebben, waardoor de lidstaten artikel 8 Richtlijn niet zouden kunnen invoeren om nationale bepalingen in te voeren of te behouden die afbreuk doen aan de draagwijdte van artikel 4, lid 2 Richtlijn. Het Hof meent dat deze interpretatie gebaseerd is op een verkeerde lezing van het arrest *Commissie v. Nederland*. In dat arrest heeft het Hof immers enkel geoordeeld dat, ten einde de doelstellingen van de Richtlijn concreet te garanderen, iedere omzetting van artikel 4, lid 2 Richtlijn *volledig* moest zijn, in die zin dat een verbod om het oneerlijke karakter van die bedingen te toetsen enkel slaat op die bedingen die op duidelijke en begrijpelijke wijze geformuleerd zijn.²⁴⁵² Het Hof benadrukt dan ook dat niets de lidstaten belet om, binnen de werkingssfeer van de Richtlijn met inbegrip van artikel 4, lid 2 Richtlijn, striktere bepalingen te handhaven of in te voeren dan in de Richtlijn zelf, voor zover deze een hoger beschermingsniveau voor de consument viseren.²⁴⁵³

Het Hof spreekt zich niet uit over de vraag of de afrondingsclausule al dan niet beschouwd moet worden als een beding dat valt onder artikel 4, lid 2 Richtlijn. Ook de Advocaat-Generaal had in haar conclusie al benadrukt dat het aan de nationale rechter, en niet aan het Hof van Justitie, toekomt om na te gaan of de afrondingsclausule beschouwd kan worden als een beding in de zin van artikel 4, lid 2 Richtlijn. Wel zou het Hof hiertoe beoordelingsrichtlijnen kunnen meegeven.²⁴⁵⁴ Dergelijke beoordelingsrichtlijnen worden in het arrest evenwel niet vermeld.

3. Bewijslast

866. *Bewijslast bij verkoper* – Uit de doelstelling van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, waaronder de bescherming van de consument, kan worden afgeleid dat het bewijs dat een beding van de inhoudstoets uitgesloten wordt op basis van artikel 4, lid 2 Richtlijn, bij de verkoper ligt.²⁴⁵⁵

C. Het Belgische recht

1. Situatie vóór de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

867. *Juridische versus feitelijke gelijkheid* – De kernbedingen waren aanvankelijk niet expliciet uitgesloten uit de werkingssfeer van de onrechtmatige bedingenleer. Een aantal auteurs beschouwden de algemene toetsingsnorm als een – weliswaar vereenvoudigde – toepassing van de rechtsfiguur van de (gekwalficeerde) benadeling.²⁴⁵⁶ In één van de eerste commentaren op de onrechtmatige

²⁴⁵¹ Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 71-76.

²⁴⁵² HvJ C-484/08, *Caja de Madrid v. Ausbanc*, www.curia.eu, overweging 36-39; Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 79 e.v.

²⁴⁵³ HvJ C-484/08, *Caja de Madrid v. Ausbanc*, www.curia.eu, overweging 40. Zie ook Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 87. In antwoord op de derde prejudiciële vraag oordeelt het Hof dat er evenmin een grond is om de Spaanse nationale bepalingen als onverenigbaar te bestempelen met de mededingingsregels of de fundamentele vrijheden van het unierecht (HvJ C-484/08, *Caja de Madrid v. Ausbanc*, www.curia.eu, overweging 45-49; in dezelfde zin Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 88-110).

²⁴⁵⁴ Concl. Advocaat-Generaal TRSTENJAK 29 oktober 2009, C-484/08, www.curia.eu, nr. 70.

²⁴⁵⁵ F. BRUDER, “Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive”, *EPRL* 2007, (205) 221.

²⁴⁵⁶ F. DOMONT-NAERT, “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (219) 230; J.-L. FAGNART, “Les contrats de consommation en droit civil classique”, in X. (ed.), *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, 1993, (111) 136. Op impliciete wijze, zie tevens G.L. BALLON, “Enkele belangrijke nieuwigheden in de wet

bedingenleer van de (oude) WHPC oordeelde DIRIX echter dat de sanctionering van een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen, neergelegd in de artikelen 31 e.v. (oud-) WHPC, de bewerkstelling van een *juridische gelijkheid* beoogde. Dezelfde auteur plaatst de juridische gelijkheid die de gelijkwaardigheid van de contractuele posities betreft, tegenover de *feitelijke gelijkheid* die de gelijkwaardigheid tussen de wederzijds bedongen prestaties boogt.²⁴⁵⁷ Die feitelijke gelijkheid kent geen toepassing bij de onrechtmatige bedingenleer, maar wel bij de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling.²⁴⁵⁸

De door DIRIX geponeerde stelling kende grote navolging in de Belgische rechtsleer.²⁴⁵⁹ Zo benadrukte STRAETMANS dat een terugkoppeling naar de feitelijke toestand van de contractpartijen geen rechtszekerheid brengt. Deze auteur pleit voor een toepassing van DIRIX' juridische evenwicht, aangezien dat in overeenstemming is met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en aansluit met wat in het Belgische recht begrepen wordt onder de marginale toetsing.²⁴⁶⁰ Hij waarschuwt tegelijk voor een te ruime werking van de algemene norm door er ook een inhoudelijk evenwicht onder te verstaan. Dat zou haaks staan op het uitgangspunt van de beschermingsregeling, opgevat als een uitzondering op de mededinging om personen in een minderwaardige positie te beschermen.²⁴⁶¹

868. *Kritiek op stelling DIRIX* – Bepaalde auteurs betwisten dat de algemene toetsingsnorm louter een toepassing van de juridische gelijkheid vormt. Zij stellen voorop dat rekening moet worden gehouden met de invloed van de rechten en verplichtingen van de contractpartijen op hun feitelijke situatie. Dat zou ertoe leiden dat wordt nagegaan of een economisch onevenwicht bestaat tussen de

betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de verbruiker”, *DAOR* 1992, (59) 86. Zie voordien reeds het pleidooi van BOURGOIGNIE voor een algemene wettelijke norm tot rechterlijke toetsing van bezwarende bedingen ‘waarvan de grondslag gemakkelijk gevonden zou kunnen worden in de theorie van de gekwalificeerde benadeling’ (T. BOURGOIGNIE, *Rechtshulp aan de consument*, 1981, 187-188). Voor *Frankrijk*, zie J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX, “L’élimination des clauses abusives en droit français, à l’épreuve du droit communautaire”, *REDC* 1993, (67) 80.

²⁴⁵⁷ Zie E. DIRIX, “Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (689) 692; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, 1993, 154; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 302; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, (562) 564. Zie ook Vred. Antwerpen 27 juli 1994, *TBH* 1995, 324, noot H. VAN GOMPEL.

²⁴⁵⁸ P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 474.

²⁴⁵⁹ Zie C. CAUFFMAN, “Gekwalificeerde benadeling”, in X. (ed.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2007, 208; D. DHAENENS, “Interactie verzekeringen – Wet Handelspraktijken”, in X. (ed.), *Verzekeringenrecht*, 1998, (141) 146; H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia Verzekeringen*, 2001, (195) 197-198; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1999, (28) 41; M. FLAMÉE, “Onrechtmatige bedingen”, *TBH* 1993, (630) 639; M. FLAMÉE, “Algemene bepalingen betreffende de verkoop van produkten en diensten aan de consument”, in P. DE VROEDE (ed.) *Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (77) 89 en 95; P.A. FORIERS, “Espaces de liberté en droit des contrats”, in X. (ed.), *Les espaces de liberté en droit des affaires*, 2007, (25) 49; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 35; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 136; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1852; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-18; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 93; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155; H. VAN GOMPEL, “Over de toepassing van artikelen 31-32 W.H.P.”, (noot onder Vred. Antwerpen 27 juli 1994), *TBH* 1995, (327) 334; R. VAN RANSBEECK, “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2003, (125) 148; P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 20.

²⁴⁶⁰ STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 128.

²⁴⁶¹ STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 133.

wederzijdse contractuele prestaties.²⁴⁶² DE LY gaat hiertoe na of een beperkte inhoudelijke toetsing strookt met de doelstellingen die de wetgever voor ogen had. Aangezien de onrechtmatige bedingenleer ook van toepassing is op onderhandelde bedingen, moet volgens deze auteur afgeleid worden dat de wetgever niet enkel wilde beschermen ten aanzien van standaardbedingen, maar in het algemeen de rechtspositie van de consument heeft willen versterken. Daarenboven stipt deze auteur aan dat de wetgever in de zwarte lijst wel rechtstreeks heeft willen ingrijpen in een beperkt aantal contractuele voorwaarden inzake prijswijziging en wijziging van kenmerken van de prestaties. Tot slot volgt uit artikel 76 WMC (oud art. 34 WHPC) dat men de mogelijkheid heeft willen scheppen om gelijke machtsverhoudingen te creëren. Hieruit besluit DE LY dat een marginale toetsing van *contractvoorwaarden* in consumententransacties niet *per se* kan worden uitgesloten.²⁴⁶³

CORNELIS trekt de werkzaamheid van het evenwichtscriterium dat door DIRIX werd aangereikt, in twijfel. Hij keurt ook het bijkomende criterium van DIRIX af, eruit bestaande dat (i) de rechter een vergelijking moet maken tussen de contractuele regeling van partijen en het suppletieve recht dat van toepassing zou zijn geweest, indien er contractueel niet zou zijn van afgeweken, om (ii) vervolgens na te gaan of de consument er door die afwijking van het suppletieve recht onredelijk slechter van af komt.²⁴⁶⁴ Daarmee zou het aanvullend recht gebiedend worden gemaakt. CORNELIS meent dat het van de feitelijke omstandigheden afhangt of de toepassing ervan tot een evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen leidt. Hij besluit dat “*de beoordeling van het al dan niet bestaan van een ‘onevenwicht’ slechts zinvol [is] wanneer niet de juridische, maar de feitelijke toestand van partijen als gevolg van het sluiten van de overeenkomst wordt beoordeeld.*”²⁴⁶⁵

869. *Nuancering van DIRIX’ onderscheid* – Een aantal auteurs hebben geargumenteed dat de grens tussen de juridische en de feitelijke gelijkheid bij de toepassing van de onrechtmatige bedingenleer onmogelijk scherp kan worden doorgetrokken. Deze bepalingen mogen in de eerste plaats dan wel gericht zijn op de verwezenlijking van de juridische gelijkheid, toch kan niet worden ontkend dat deze toetsing van contractuele bedingen een onrechtstreekse toetsing van de contractuele prestaties met zich meebrengt. Feitelijke gelijkheid wordt aldus op indirecte wijze bereikt.²⁴⁶⁶ Standaardvoorwaarden beïnvloeden de contractuele prestaties. Zo bepalen exonerationbedingen bijvoorbeeld de contractuele aansprakelijkheid en dus de hoogte van de verzekeringspremie. Het juridische kader heeft een

²⁴⁶² E. BALATE, “Le contrôle des clauses abusives: juge gardien du Code civil ressuscité ou juge entraîneur”, *RDC* 1996, (321) 351; L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (313) 330 e.v.; A. DE CALUWE, “Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d’opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d’assurance”, in X. (ed.), *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d’une économie de marché*, 1993, (445) 468-469; A. THILLY, “Les dates de valeur en droit belge”, *JT* 1995, (753) 756-757. Zie in deze zin ook M. BOSMANS, “Oneerlijke en onrechtmatige bedingen: zijn de artikelen 31 en volgende van de W.H.P.C. compatibel met de EEG Richtlijn 93/13 van 5 april 1993”, *DCCR* 1993-94, (678) 696.

²⁴⁶³ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1152-1153. Er moet worden opgemerkt dat DE LY de kernbedingen – de auteur zelf hanteert de term *contractvoorwaarden* – ruimer omschrijft dan wij hierboven hebben gedaan, wanneer hij “*prijs, loon, plaats van levering, modaliteiten van levering of leveringstermijnen*” allen onder de noemer *contractvoorwaarden* lijkt te plaatsen. Zie F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1152.

²⁴⁶⁴ L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (313) 330-331; A. THILLY, “Les dates de valeur en droit belge”, *JT* 1995, (753) 756. Zie ook *infra*, nr. 958.

²⁴⁶⁵ L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (313) 331. Zie ook STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 126.

²⁴⁶⁶ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1152; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 112-113; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 475; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156. Zie ook P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 19.

weerslag op de omvang van de prestaties. Toetsing van het kader impliceert dan ook een onderzoek van de contractuele (hoofd)prestaties.²⁴⁶⁷ Dat blijkt ook uit de hulpmiddelen die opgesomd worden in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, en omgezet zijn in het Belgische recht.²⁴⁶⁸

2. Omschrijving en afbakening

870. *Essentiële contractuele elementen* – Pas met de omzetting van de Richtlijn werd het verbod op de toetsing van kernbedingen expliciet opgenomen in het Belgische recht, met name in artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3, lid 2 WHPC) en artikel 8, lid 2 WOBVB. Het Belgische recht heeft de tweevoudige uitsluiting van artikel 4, lid 2 Richtlijn overgenomen. Zo wordt, zowel in artikel 73, lid 3 WMC (oud art. 31, §3, lid 2 WHPC) als in artikel 8, lid 2 WOBVB, het onderscheid gemaakt tussen, enerzijds, de bedingen die het voorwerp van de overeenkomst bepalen en, anderzijds, de bedingen die zouden toelaten om de gelijkwaardigheid tussen prijs en de contractuele tegenprestatie af te wegen. Volgens de Belgische doctrine werd daarmee, in navolging van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, gepoogd de toepassing van de *iustum pretium*-leer in de onrechtmatige bedingenregeling uit te sluiten.²⁴⁶⁹

De Belgische auteurs interpreteren kernbedingen als de essentiële contractuele elementen. Het zijn de contractuele bestanddelen die zorgen voor de bepaaldheid en de bepaalbaarheid van het voorwerp van de overeenkomst, zonder dewelke die objectief niet kan tot stand komen.²⁴⁷⁰ Ter illustratie wordt verwezen naar de bedingen omtrent de aard, de omvang, de kwaliteit en de kwantiteit van de te leveren prestatie. De prijs wordt als het kernbeding bij uitstek beschouwd.²⁴⁷¹ Deze essentiële contractuele elementen moeten onderscheiden worden van de modaliteiten van de overeenkomst. De onbepaalbaarheid van deze modaliteiten leidt niet tot de nietigheid van de overeenkomst. Deze elementen worden door de rechter uitgelegd, volgens de aard van de (hoofd)prestatie en in aansluiting met de modaliteiten die wel door de partijen bepaald werden.²⁴⁷²

871. *Eigenlijke voorwerp van de overeenkomst* – Zoals eerder al gesteld, is het begrip *voorwerp van de overeenkomst* naar Belgisch recht onnauwkeurig. Er wordt veeleer gedoeld op het voorwerp van de voor de overeenkomst kenmerkende verbintenis.²⁴⁷³ Het betreft de ontoetsbaarheid van de contractuele hoofdprestatie. In een consumentenovereenkomst is de kenmerkende verbintenis

²⁴⁶⁷ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1152. Zie dienaangaande *supra*, nrs. 693 e.v., en *infra*, nrs. 1075 e.v.

²⁴⁶⁸ *Infra*, nrs. 947.

²⁴⁶⁹ R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 136; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155.

²⁴⁷⁰ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 77; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1327; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155; M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1285-1286; P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 801.

²⁴⁷¹ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 77; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1327. Zie ook G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 33.

²⁴⁷² M.E. STORME, “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, (1259) 1286.

²⁴⁷³ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 419; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155, voetnoot 70. Zie tevens *supra*, nrs. 5-6.

doorgaans deze van de onderneming. Vervolgens rijst de moeilijke vraag hoe het voorwerp van zijn verbintenis moet worden bepaald. De bepaling van het voorwerp kan op verschillende manieren gebeuren, bijvoorbeeld door positieve of negatieve formulering.²⁴⁷⁴ Volgens STIJNS moet hier noodzakelijk rekening worden gehouden met de in de overeenkomst opgenomen exonerationbedingen.²⁴⁷⁵

872. *Cass. 8 april 1999*²⁴⁷⁶ – In een cassatiearrest van 8 april 1999 wordt de moeilijke definiëring van het voorwerp van de overeenkomst duidelijk. Deze zaak betrof de vraag of met het voorwerp van een verzekeringsovereenkomst bedoeld kon worden op het verzekerde goed zelf. Het Hof overweegt in deze zaak als volgt: “Overwegende dat het voorwerp van de verbintenis bestaat in de door de schuldenaar beloofde prestatie; dat het voorwerp van een verzekeringsovereenkomst bestaat in de dekking van een welbepaald risico tegen een bepaalde prijs”. Het Hof maakt hier een gedachtesprong van de definitie van het voorwerp van een verbintenis naar de toepassing op een overeenkomst, zonder dat het voorwerp van de overeenkomst zelf wordt omschreven. Het antwoord op de vraag of met het voorwerp van een verzekeringsovereenkomst bedoeld kan worden op het verzekerde goed zelf, luidt volgens STIJNS negatief. Het voorwerp wijst eerder in de richting van de beloofde prestatie. Dat levert evenwel moeilijkheden op wanneer men kernbedingen niet mag toetsen. Een aangegane verbintenis of een beloofde prestatie wordt immers mee bepaald door andere bedingen, zoals aansprakelijkheids- en exonerationbedingen.²⁴⁷⁷

873. *Afbakening ten aanzien van niet-kernbedingen* – De afbakening van de kernbedingen ten aanzien van de overige contractuele clausules is niet eenvoudig.²⁴⁷⁸ Telkens moet onderzocht worden welke clausules de contractuele hoofdprestaties betreffen. Dat verschilt per type van overeenkomst. Zo betreffen de kernbedingen in een koopovereenkomst de bepalingen aangaande de kwaliteit en kwantiteit van de te leveren producten. In reiscontracten gaat het dan weer om de bedingen die de reisduur en het transportmiddel preciseren. In de vastgoedbemiddelingsovereenkomst gaat het om de clausule die het bedrag van de commissie vastlegt, terwijl de kernbedingen in verzekeringsovereenkomsten het verzekerde risico en het uitgekeerde bedrag bij een schadegeval bepalen.²⁴⁷⁹

Bedingen die slechts de modaliteiten van de contractuele hoofdprestaties betreffen, zijn geen kernbedingen. Zo zijn niet alle bedingen omtrent de prijs een kernbeding. Contractuele clausules aangaande de verhoging van de prijs, de vaststelling van de prijs door derden, de leveringstermijn en – plaats, de interesten, en dergelijke meer, zijn geen kernbedingen en derhalve toetsbaar.²⁴⁸⁰

²⁴⁷⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76-77.

²⁴⁷⁵ S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155, voetnoot 70.

²⁴⁷⁶ Cass. 8 april 1999, *Arr. Cass.* 1999, 199; *Pas.* 1999, I, 487.

²⁴⁷⁷ S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155, voetnoot 70. Meer hierover, zie *infra*, nrs. 947-951 en 1073-1083.

²⁴⁷⁸ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 77-78; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 20.

²⁴⁷⁹ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 32-33; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 20-21.

²⁴⁸⁰ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 77; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1327; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide*

874. *Kh. Veurne 7 februari 2002*²⁴⁸¹ – Een beding in een vastgoedmakelaarscontract legt het ereloon vast onder de vorm van een meerprijs op de vraagprijs. De behaalde verkoopprijs boven 13.000.000 oude Belgische frank (nadien verlaagd tot respectievelijk 11.000.000) werd als commissieloon beschouwd. De rechter beschouwt dit beding als onrechtmatig, omdat het een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen (artikel 2, 28° WMC – oud art. 31 WHPC). De rechter verwijst daartoe o.m. naar het Reglement van plichtenleer van het B.I.V. (Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaar).

De rechtbank maakt geen melding van een mogelijke kwalificatie als kernbeding. Dat illustreert de beperkte aandacht van de Belgische rechtspraak voor die problematiek. De redenering van de rechter is onduidelijk. Hij toetst het beding in ieder geval onder de onrechtmatige bedingenleer. *Ofwel* gaat hij er daarbij (impliciet) van uit dat het beding geen kernbeding is. In dat geval zou dit vonnis aansluiten bij de (beperkte) invulling van kernbedingen in het Europese en Belgische recht. Bedingen over de vaststellingswijze of de berekening van de prijs zijn geen kernbedingen, in tegenstelling tot het Duitse en Nederlandse recht waar op dat punt een ruimere invulling lijkt te worden voorgehouden.²⁴⁸² *Ofwel* maakt de rechter eerder toepassing van het transparantievoorbehoud. Volgende bepaling van de rechtbank valt immers op: “Overwegende dat het verkopen op “meerprijs” naargelang de vooropgestelde “nettoprijs” uitzonderlijk laag of hoog is, aanleiding geeft tot abnormaal hoge of lage erelonen zonder dat hierover expliciet een voorafgaandelijk schriftelijk akkoord werd afgesloten”. A *contrario* zou daaruit kunnen worden afgeleid dat abnormaal hoge of lage erelonen geen probleem vormen, zolang daarover voorafgaandelijk een schriftelijk akkoord gesloten werd. De rechter lijkt daarbij impliciet toepassing te maken van het transparantievoorbehoud.²⁴⁸³

875. *Transparantiecriterium* – Een aantal auteurs wijzen erop dat het transparantiecriterium van grote praktische waarde is bij afbakeningsproblemen tussen kernbedingen en niet-kernbedingen. Men zal dat transparantiecriterium immers kunnen invoeren, telkens er een kwalificatieprobleem rijst aangaande een beding. Dat middel kan de vage grens tussen kernbedingen en niet-kernbedingen opvangen. Wanneer een kwalificatieprobleem rijst, ligt het bewijs voor dat het beding niet duidelijk en/of begrijpelijk is geformuleerd. Derhalve kan toch een toetsing worden doorgevoerd.²⁴⁸⁴

§3. Ratio legis van de ontoetsbaarheid van kernbedingen

A. Onverenigbaarheid met de *iustum pretium*-leer

876. *Vorbereidende werken N.B.W.* – Uit de voorbereidende werkzaamheden van het N.B.W. blijkt dat met de uitsluiting van de kernbedingen gepoogd werd om de *iustum pretium*-leer uit de

juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique, 2006, (13) 34-35; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-18; S. STUINS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155. Zie ook COB 20 van 5 mei 2006, “Advies op een modelovereenkomst dienstverlening advocaat”, in B. PONET (ed.), *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, 2010, (120) 126.

²⁴⁸¹ *Kh. Veurne 7 februari 2002*, *T.App.* 2004, 21. Dit vonnis dateert van vóór de invoering van het KB van 12 januari 2007 betreffende het gebruik van bepaalde bedingen in de bemiddelingsovereenkomsten van vastgoedmakelaars, *BS* 19 januari 2007.

²⁴⁸² *Supra*, nr. 846.

²⁴⁸³ *Infra*, nrs. 898 e.v.

²⁴⁸⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 81; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 421; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1329; S. STUINS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156.

toetsingssfeer van algemene voorwaarden te weren: “Naar hun aard kunnen algemene voorwaarden mede betrekking hebben op de ‘essentiële’ verplichtingen van partijen, zoals de door de wederpartij van de gebruiker te betalen prijs, de hoeveelheid, het gewicht of de kwaliteit van de verkochte goederen, het middel van vervoer bij de reisovereenkomst, de omvang van de dekking bij een verzekeringsovereenkomst etc. Op deze bedingen mag de onderhavige regeling geen betrekking hebben, noch wat de inhoudcontrole van artikel 2, noch wat de verbodsactie van artikel 6 betreft, daar dat zou neerkomen op de – gedeeltelijke – introductie van een *iustum-pretium*-regel over de gehele linie van het contractenrecht.”²⁴⁸⁵

877. *Uitsluiting van de iustum pretium-leer*²⁴⁸⁶ – Met de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen heeft de wetgever dus willen vermijden dat de *iustum pretium*-leer in de onrechtmatige bedingenleer zou worden geïntroduceerd.²⁴⁸⁷ Geoordeeld wordt dat de toetsing van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst of van de prijs aan de open norm, een gedeeltelijke introductie van de *iustum pretium*-leer zou inhouden, wat een bedreiging zou vormen voor de wilsautonomie van de partijen. De rechter mag bij de toetsing van een beding onder de onrechtmatige bedingenleer geen gevolgen verbinden aan een eventueel onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Kenmerkend in dit verband is de uitspraak van JONGENEEL die deze *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen tot onderscheidend criterium verheft.²⁴⁸⁸ Ook in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd die *ratio legis* tot criterium verheven door de expliciete vermelding in artikel 4, lid 2 Richtlijn.

B. Onverenigbaarheid met vrije mededinging en contractvrijheid

878. *Vrije mededinging en contractvrijheid* – In de Duitse rechtsleer wordt vooral benadrukt dat kernbedingen noch controleerbaar, noch controlebehoefstig zijn. Er is geen gepaste controlemaatstaf voorhanden en de inhoud van kernbedingen betreft een zaak van de vrije mededinging.²⁴⁸⁹ Conform de beginselen van contractvrijheid en vrije mededinging komt het aan de contractpartijen zelf toe om de

²⁴⁸⁵ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1521. Zie ook JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 42-43. Art. 2 is nu art. 6:233, a N.B.W.; art. 6 is nu art. 6:240 N.B.W.

²⁴⁸⁶ Voor het historische kader en de invulling van de *iustum pretium*-leer, *supra*, nrs. 156 e.v. en *infra*, nrs. 1086 e.v.

²⁴⁸⁷ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 368-369; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, “Een rechtlijnige richtlijn. Het voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1992, (4) 10; E.H. HONDIUS, *Consumentenrecht*, 1992, 48; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 90; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 42-43; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKE (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 63; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 4-5; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 33. Zie ook de Belgische auteurs, I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 78; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1327; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156. Zie ook de Franse auteurs J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 212; B. FAGES, *Droit des obligations*, 2007, 171; J. GHESTIN, “Le rétablissement de l’équilibre contractuel par l’élimination des clauses abusives: l’enseignement du droit français”, in E. BALATE et J. STUYCK (eds.), *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, 1988, (139) 142; LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 426-427; G. MEILHAC, “Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau départ pour le juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 305; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353. Die Franse auteurs spreken evenwel niet over de *iustum pretium*-leer, maar wel over *la lésion*. GHESTIN keurt zelfs expliciet een verwijzing naar de *iustum pretium*-leer af. Meer hieromtrent, zie *infra*, nr. 1092.

²⁴⁸⁸ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 50: “Als de toetsing van een bepaald beding niet tot gevolg heeft dat wordt getoetst of partijen een *iustum pretium* zijn overeengekomen, dan is dat beding m.i. geen kernbeding”. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 92. Zie ook *supra*, nr. 858.

²⁴⁸⁹ M. COESTER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2006, 190. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 76.

contractuele hoofdprestaties vast te leggen.²⁴⁹⁰ Ook de Europese wetgever haalt de contractvrijheid aan ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen.²⁴⁹¹ De verhouding tussen de contractuele hoofdprestaties is in een vrije markteconomie onttrokken aan de wettelijke bepalingen, waardoor voor de controle van het evenwicht tussen beiden ook de juridische beoordelingsmaatstaven ontbreken.²⁴⁹²

Ook in de Nederlandse rechtsleer wordt het overbodige karakter van de toetsing van kernbedingen onder de algemene voorwaardenleer benadrukt. Bij kernbedingen zou de inhoud van het beding immers geen gevolg zijn van de wijze waarop de wederpartij erdoor gebonden werd.²⁴⁹³ Dat lijkt ook verband te houden met de ontoetsbaarheid van afzonderlijk onderhandelde bedingen in Nederland.²⁴⁹⁴

§4. Het transparantievoorbehoud bij kernbedingen

A. Probleemstelling

879. *Voorbehoud bij de ontoetsbaarheid van kernbedingen* – Overeenkomstig artikel 4, lid 2, laatste zinsnede Richtlijn wordt het oneerlijke karakter van kernbedingen niet beoordeeld “voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn”. Aan de ontoetsbaarheid van kernbedingen wordt derhalve een transparantievereiste gekoppeld.

880. *Omzetting in de nationale rechtssystemen* – Het transparantievoorbehoud bij de ontoetsbaarheid van kernbedingen werd in het Belgische recht letterlijk overgenomen in artikel 73, lid 3, laatste zinsnede WMC (oud art. 31, §3, lid 2, laatste zinsnede WHPC) en artikel 8, lid 2, laatste zinsnede WOBVB. De Franse wetgever nam het transparantievoorbehoud aanvankelijk niet over.²⁴⁹⁵ Inmiddels werd dit vereiste wel toegevoegd in artikel 132-1, lid 7 *Code de la Consommation*.

De Nederlandse wetgever voegde het transparantievoorbehoud toe aan de ontoetsbaarheid van kernbedingen bij de omzettingwet van 1999.²⁴⁹⁶ Het voorbehoud werd ingevoegd in artikel 6:231, a, laatste zinsnede N.B.W. Onduidelijke of onbegrijpelijke kernbedingen kunnen in voorkomend geval wel getoetst worden aan artikel 6:233, a of b N.B.W. Als voorbeeld van een onduidelijk of onbegrijpelijk

²⁴⁹⁰ C. CANARIS, “Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‘Materialisierung’”, *AcP* 2000, (273) 327; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 2007, 1123; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1206. Zie ook K.G. WEIL en F. PUIS, “Le droit allemand des conditions générales d’affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives”, *RIDC* 1994, (125) 129. Zie in dezelfde zin bij de *Franse* auteurs J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 212; G. MEILHAC, “Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau départ pour le juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 305.

²⁴⁹¹ *Supra*, nr. 862.

²⁴⁹² J. HENNRICH, “Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, 2002, (188) 197; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 2007, 1123; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 523; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1206.

²⁴⁹³ H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, “Een rechtlijnige richtlijn. Het voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1992, (4) 10. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 415; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 92.

²⁴⁹⁴ *Supra*, nrs. 817-818.

²⁴⁹⁵ J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995”, *JCP* 1995, (275) 279. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 98.

²⁴⁹⁶ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 94.

beding wordt verwezen naar het beding waarbij de prijs bepaald wordt aan de hand van een duister rekenmodel.²⁴⁹⁷

Ook in het Duitse recht werd een gelijkaardig voorbehoud opgenomen. §307, lid 3 BGB, waaruit de ontoetsbaarheid van *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen* wordt afgeleid, bepaalt in een tweede zinsnede als volgt: “*Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein*”. In §307, lid 1, eerste zin is de algemene toetsingsnorm neergelegd. §307, lid 1, tweede zin bepaalt dat een ongepaste benadeling ook kan voortvloeien uit het feit dat een bepaling niet duidelijk en begrijpelijk is. Derhalve houdt §307, lid 3, tweede zinsnede BGB in dat kernbedingen (*Andere Bestimmungen*) onwerkzaam kunnen zijn omwille van hun onduidelijke en onbegrijpelijke formulering (*nach Absatz 1 Satz 2*), en dat op basis van de algemene toetsingsnorm (*in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1*).²⁴⁹⁸

881. *Onduidelijke gevolgen* – Wat precies beoogd wordt met de koppeling van het transparantievereiste aan de ontoetsbaarheid van kernbedingen, is niet geheel duidelijk.²⁴⁹⁹ Op het eerste gezicht lijkt het transparantievoorbehoud verstrekkende gevolgen te hebben wat betreft de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer. Een *a contrario*-lezing lijkt immers aan te geven dat de beoordeling van het oneerlijke karakter wel op de toetsing van kernbedingen betrekking kan hebben, indien dat beding onduidelijk of onbegrijpelijk is geformuleerd. Hoe die toetsing bij onduidelijke en/of onbegrijpelijke kernbedingen concreet moet worden doorgevoerd, is echter niet duidelijk. Deze interpretatie van het voorbehoud lijkt ook haaks te staan op de bedoeling van de Europese regelgever en de nationale wetgevers, met name het vrijwaren van de contractvrijheid en de vrije mededinging, enerzijds, en de uitsluiting van de *iustum pretium*-leer uit de werkingssfeer van de onrechtmatige bedingenleer, anderzijds.

882. *Plan* – Een diepgaande bestudering van het transparantievoorbehoud bij kernbedingen dringt zich op. Aangezien de voorbereidende werkzaamheden van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen daaromtrent weinig hulp bieden, is het aangewezen om het rechtstelsel te bestuderen waarop de Europese regelgever zich inspireerde voor de invoering van de ontoetsbaarheid van kernbedingen en van het transparantievereiste, met name het Duitse recht.²⁵⁰⁰ Alvorens dat te doen, moeten we kort een blik werpen op het algemene transparantievereiste uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

B. Algemeen transparantievereiste

1. Richtlijn Oneerlijke Bedingen

883. *Doelstelling* – Het transparantievereiste, neergelegd in artikel 5, is een kernbepaling uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Dit vereiste wordt ook beschouwd als de formele zijde van de onrechtmatigheidstoets.²⁵⁰¹ Onduidelijke en onbegrijpelijke bedingen inzake de rechten en plichten

²⁴⁹⁷ R.H.C. JONGENEEL, “Werkingssfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 94.

²⁴⁹⁸ Meer hieromtrent, zie *infra*, nr. 894.

²⁴⁹⁹ R.H.C. JONGENEEL, “Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (321) 321.

²⁵⁰⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 98-99.

²⁵⁰¹ Zie H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 135; H.-W. MICKLITZ, “Missbräuchliche Vertragsklauseln”, in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 507 e.v. Zie ook M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 242.

van partijen schaden immers het economische keuzerecht van de consument. Daarenboven verhullen die bedingen vaak ook onrechtmatige bedingen.²⁵⁰² Met het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van bedingen wordt getracht om de wederpartij in staat te stellen zijn rechtspositie te beoordelen op het ogenblik dat hij de algemene voorwaarden naleest.²⁵⁰³

884. *Duidelijkheid en begrijpelijkheid* – Bij overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten de bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn.²⁵⁰⁴ De consument moet daadwerkelijk de gelegenheid hebben om kennis te nemen van alle bedingen.²⁵⁰⁵ Dat het om schriftelijke bedingen moet gaan, is te beperkend. De consument dient immers dezelfde bescherming te kunnen genieten in het kader van mondelinge bedingen.²⁵⁰⁶

De vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid vullen elkaar aan. *Duidelijkheid* wijst erop dat er geen dubbelzinnigheden, misverstanden of twijfels bestaan over de inhoud van de bedingen. Een contractueel beding is *begrijpelijk*, indien de consument er de zin en betekenis van begrijpt.²⁵⁰⁷ Aangenomen wordt dat die vereisten een formele en inhoudelijke zijde vertonen.²⁵⁰⁸ Zo moeten de bedingen vanuit formeel oogpunt zo opgesteld zijn, dat de consument zijn essentiële rechten en plichten kan begrijpen. Een gemakkelijk overzicht en een logische opbouw zijn vereist. De bedingen moeten gedrukt zijn in een leesbaar lettertype. Daarnaast is er ook een inhoudelijke vereiste: lange zinnen, onduidelijke statements en vakjargon moet vermeden worden.²⁵⁰⁹ De onduidelijkheid van een beding werkt duidelijk ook de onbegrijpelijkheid ervan in de hand.

De Richtlijn bevat geen verdere aanwijzingen voor de interpretatie van het transparantievereiste. Zo is het ook onduidelijk of het beeld van de gemiddelde consument, redelijk goed geïnformeerd en redelijk aandachtig en omzichtig, van toepassing is.²⁵¹⁰

²⁵⁰² CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 126. Voor Frankrijk, zie J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 199.

²⁵⁰³ LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 72.

²⁵⁰⁴ Art. 5, eerste zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²⁵⁰⁵ Overweging 20 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²⁵⁰⁶ Zie overweging 11 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246-247. Dat in art. 5, eerste zinsnede Richtlijn een beperking tot schriftelijke bedingen wordt opgelegd, hangt samen met de *contra proferentem*-regel, neergelegd in art. 5, tweede zinsnede Richtlijn. Die regel geldt immers enkel voor onbegrijpelijke bedingen, waarbij de betekenis van iets dat noodzakelijkerwijze schriftelijk is neergelegd wordt nagegaan (Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 131).

²⁵⁰⁷ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246. Zie ook H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 136; H.-W. MICKLITZ, “Missbräuchliche Vertragsklauseln”, in N. REICH en H.-W. MICKLITZ (eds.), *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, (491) 508-509; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 242. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 98.

²⁵⁰⁸ H.-W. MICKLITZ, “Unfair terms in consumer contracts”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (119) 135.

²⁵⁰⁹ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 136-138; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 246. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 157.

²⁵¹⁰ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 247. Zie ook NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 137 en 139 e.v.; C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 86. Uit de voorbereidende werkzaamheden van de WOBVB blijkt dat het duidelijk en begrijpelijk karakter van een beding beoordeeld wordt vanuit het oogpunt van de *gemiddelde consument*. Zie M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WÉRY (eds.), *Les pratiques du commerce, l’information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 338.

885. *Contra proferentem-regel*²⁵¹¹ – Artikel 5, tweede zinsnede Richtlijn Oneerlijke Bedingen bevat een bijkomende uitlegregel. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Die uitlegregel kan evenwel niet ingeroepen worden bij procedures zoals bedoeld in artikel 7, lid 2 Richtlijn.²⁵¹² Het is niet alleen een uitlegregel, maar ook een echte sanctie ten aanzien van bedingen met een dubbelzinnige betekenis.²⁵¹³

886. *Onduidelijke sanctionering in de Richtlijn* – De tekst van de Richtlijn geeft niet duidelijk aan wat de gevolgen zijn van een schending van het transparantievereiste. De uitlegregel kan immers enkel worden toegepast bij onduidelijke bedingen die vatbaar zijn voor interpretatie.²⁵¹⁴ Over de sanctionering van andere onduidelijke en/of onbegrijpelijke bedingen, bestaat geen eensgezindheid.²⁵¹⁵ Sommige auteurs menen dat de lidstaten de sanctie zelf mogen bepalen. Anderen beschouwen het transparantievereiste als een voorwaarde voor de incorporatie van het beding in de overeenkomst. Als een beding niet duidelijk en begrijpelijk is, dan is het niet tegenstelbaar aan de consument.²⁵¹⁶ Nog anderen gaan ervan uit dat bedingen bij gebrek aan transparantie getoetst moeten worden aan de algemene norm van artikel 3 Richtlijn.²⁵¹⁷ Binnen die strekking bestaat opnieuw onduidelijkheid, ditmaal over de vraag of een gebrek aan transparantie op zichzelf leidt tot de onrechtmatigheid van het beding, dan wel of nog steeds een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van partijen bewezen moet worden.²⁵¹⁸ Over één ding lijkt iedereen het eens: er zou een duidelijke en effectieve sanctie op de schending van het transparantiebeginsel moeten worden ingevoerd.²⁵¹⁹ Onduidelijkheid daarover leidt immers tot rechtsonzekerheid en zet de efficiënte omzetting van de Richtlijn op de helling.²⁵²⁰

887. *Duidelijkheid over sanctionering door Hof van Justitie* – Het Hof van Justitie heeft in het arrest Commissie *versus* Nederland geoordeeld dat een beding als oneerlijk kan worden beschouwd,

²⁵¹¹ Over de verhouding tussen het transparantievereiste en de *contra proferentem*-regel, zie R.H.C. JONGENEEL, “Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (321) 329; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht*, 2006, (61) 77; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 73.

²⁵¹² De *contra proferentem*-regel is niet van toepassing bij collectieve acties. Indien de consument het gebruik van een beding wil verhinderen en een stakingsvordering instelt, zou de verweerder kunnen aanvoeren dat het beding niet onrechtmatig is omdat het in het voordeel van de consument moet worden geïnterpreteerd. Door die uitlegregel uit te sluiten in geval van een vordering tot staking, krijgt de consument de zekerheid dat hij een einde kan maken aan het gebruik van een oneerlijk beding. Zie HvJ C-70/03, *Commissie v. Spanje*, Jur. 2004, I, 07999. Zie ook R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, (229) 272.

²⁵¹³ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 137; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 157. Spreken ook over een *sanctie*, J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “L’application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l’adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995”, *JCP* 1995, (275) 278; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 243.

²⁵¹⁴ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 137; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 201 en 248. In dezelfde zin, C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 85-86.

²⁵¹⁵ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 158.

²⁵¹⁶ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 248. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 128.

²⁵¹⁷ Hiervoor lijkt steun te kunnen worden gevonden in art. 4, lid 2 Richtlijn.

²⁵¹⁸ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 248. Zie ook LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 73.

²⁵¹⁹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 128.

²⁵²⁰ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 202.

wanneer het beding niet voldoet aan het transparantievereiste.²⁵²¹ Hiermee werd het transparantievereiste gelinkt aan de geldigheid van bedingen.²⁵²²

888. *Commissie versus Nederland* – In dit arrest diende het Hof te beoordelen of met de bepalingen van het Nederlandse contractenrecht hetzelfde resultaat wordt bereikt als met de artikelen 4, lid 2 en 5 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Het Hof oordeelt dat dat niet het geval is en verwijst ter ondersteuning van dat oordeel naar de paragrafen 26 tot 31 van de conclusie van advocaat-generaal TIZZANO.²⁵²³

In paragraaf 27 van zijn conclusie stelt advocaat-generaal TIZZANO het volgende: “*First, it should be recalled that Article 4(2) of the Directive expressly provides that, if terms are obscure or ambiguous, even those relating to the definition of the main subject matter of the contract or to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, may be regarded as unfair. This means, clearly and unambiguously, that the consumer may rely on such terms for the purposes of securing the protection guaranteed him under Article 6(1) of the Directive, that is to say, for a ruling that he is not bound by those terms.*” Hieruit kan worden afgeleid dat onduidelijke en/of onbegrijpelijke (kern)bedingen omwille van een gebrek aan transparantie als oneerlijk kunnen worden beschouwd.²⁵²⁴

2. Omzetting in het Belgische recht

889. *Wettekst WHPC en WOBVB* – Artikel 40, §1 WMC (oud art. 31, §4, lid 1 WHPC) bepaalt als volgt: “*Indien alle of bepaalde bedingen van een overeenkomst tussen een onderneming en een consument schriftelijk zijn, moeten ze op duidelijke en begrijpelijke wijze zijn opgesteld.*” Een gelijkaardig vereiste is neergelegd in artikel 9, lid 1 WOBVB.

890. *Duidelijkheid en begrijpelijkheid* – De vereisten van duidelijkheid en begrijpelijkheid zijn onlosmakelijk verbonden en omvatten zowel formele als inhoudelijke eisen.²⁵²⁵ Een beding is *duidelijk* wanneer het niet dubbelzinnig is, niet tot twijfels of misverstanden leidt. Een beding is *begrijpelijk*, wanneer de consument de essentie ervan snel vat.²⁵²⁶

891. *Contra proferentem-uitlegregel* – In geval van twijfel over de betekenis van een beding, heeft de voor de consument gunstigste interpretatie voorrang. Deze uitlegregel is niet van toepassing bij collectieve acties.²⁵²⁷ De bepaling vormt een effectief instrument in handen van de consument ter

²⁵²¹ HvJ C-144/99 *Commissie v. Nederland*, Jur. 2001, I, 03541, conclusie advocaat-generaal TIZZANO.

²⁵²² ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 239. Zie ook E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 158.

²⁵²³ HvJ C-144/99 *Commissie v. Nederland*, Jur. 2001, I, 03541, overweging 20: “*Given that the Netherlands Government has stated that the aims sought by the Directive could be attained through a schematic interpretation of the provisions of Netherlands law, it is enough to point out that, for the reasons set out by the Advocate General in points 26 to 31 of his Opinion, the results intended by the Directive cannot be attained by applying Netherlands law as it stands at present.*”

²⁵²⁴ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 239. In dezelfde zin N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 508; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 242-244.

²⁵²⁵ *Supra*, nr. 884. Voor een reeks interessante toepassingsgevallen, zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 132 e.v.

²⁵²⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 81 en 131.

²⁵²⁷ Art. 40, §2, lid 1 WMC (oud art. 31, §4, lid 2 WHPC) en art. 9, lid 2 WOBVB. Voor een toepassing, zie Rb. Brussel 8 mei 2006, *TBBR* 2006, 436. Aangaande de niet-toepasbaarheid van de regel bij collectieve acties, zie in het bijzonder CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 138-139; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 157.

bescherming van zijn rechten.²⁵²⁸ De regel beschermt de consument wel enkel in geval van onduidelijkheid. Is het beding duidelijk, dan moet het getoetst worden aan de zwarte lijst of aan de algemene toetsingsnorm.²⁵²⁹ Het gaat hierbij steeds om de voor de consument gunstigste interpretatie, dus niet enkel om een interpretatie ten gunste van de consument.²⁵³⁰

892. *Artikel 1162 B.W.* – De uitlegregel uit artikel 40, §1 en 2 WMC (oud art. 31, §4 WHPC) vertoont op het eerste gezicht grote gelijkenissen met artikel 1162 B.W.²⁵³¹, dat bepaalt dat in geval van twijfel de overeenkomst steeds moet worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. Nochtans bestaan er duidelijke verschillen tussen beide uitlegregels.²⁵³² Zo zal artikel 1162 B.W. niet altijd gelden ten voordele van de consument. Daarenboven kan artikel 1162 B.W. slechts worden ingeroepen indien de andere uitlegregels geen uitkomst bieden.²⁵³³ Tot slot werd hierboven al duidelijk dat de bepaling uit de WMC (oude WHPC) méér is dan een loutere uitlegregel zoals artikel 1162 B.W. Het omvat een echte sanctie tegen onduidelijke of onbegrijpelijke bedingen.²⁵³⁴

893. *Sancties* – Net als in de richtlijntekst, bevatten de WMC en de WOBVB geen algemene sanctie op een schending van de transparantieregel. De *contra proferentem*-uitlegregel is slechts in beperkte mate een sanctie bij een gebrek aan transparantie, met name in geval van gebrek aan eenduidigheid bij meerdere mogelijke betekenissen van het beding. Gebrek aan transparantie is echter ruimer. Het heeft betrekking op doorzichtigheid en een duidelijke formulering. Ondoorzichtigheid houdt echter niet onmiddellijk in dat het beding niet eenduidig, d.i. in één richting te interpreteren, is.²⁵³⁵ Ook in het Belgische recht koppelde men een schending van het transparantievereiste veelal aan de rechtmatigheidstoets. Met de invoering van de WMC, meer bepaald artikel 73, lid 2 WMC, werd dit nu ook wettelijk verankerd. Dit artikel bepaalt immers dat voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding tevens rekening wordt gehouden met het in artikel 40, §1, bepaalde vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid.

²⁵²⁸ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 137, met verwijzing naar het advies van de Europese Commissie, gepubliceerd in *Parl. St.* Kamer 1997-1998, 1565/3, (25) 27.

²⁵²⁹ R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 137.

²⁵³⁰ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 137.

²⁵³¹ Een andere gelijkaardige interpretatieregel is neergelegd in art. 1602, lid 2 B.W. inzake koop, waarin bepaald wordt dat ieder duister of dubbelzinnig beding tegen de verkoper wordt uitgelegd.

²⁵³² In dezelfde zin, E. BALATE, “La mise en oeuvre de la directive 93/13 ce concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs en droit belge”, *ERPL* 1997, (143) 146.

²⁵³³ In de Acquis-Principles volgt men deze visie. De interpretatieregel, neergelegd in art. 6:203 Acquis-principles, is beperkt tot gevallen waar ernstige twijfel bestaat over de interpretatie van een beding, nadat de algemene interpretatiemethodes die alle relevante omstandigheden in aanmerking hebben genomen, werden toegepast. Zie ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 231. Zie ook G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 79; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, (229) 271; S. STJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 802.

²⁵³⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 136-137.

²⁵³⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 139. In dezelfde zin, R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 137. Zie evenwel in andere zin, G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 78.

3. Het Duitse recht

894. *Transparantievereiste als onderdeel van de algemene toetsingsnorm* – De algemene toetsingsnorm is neergelegd in §307, lid 1, eerste zinsnede BGB (“*Bestimmungen in Allgemeine Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*”). De tweede zinsnede geeft aan dat de *ongepaste benadeling* er ook uit kan bestaan dat het beding niet duidelijk en begrijpelijk is. Het transparantievereiste maakt derhalve deel uit van de algemene toetsingsnorm.²⁵³⁶ Reeds vóór de wettelijke verankering in 2002 oordeelde het Bundesgerichtshof in die zin.²⁵³⁷

Wel bestaat in de Duitse doctrine betwisting over de concrete verhouding tussen het transparantievereiste en de oneerlijkheidscontrole, met name aangaande de vraag of een beding enkel en alleen omwille van een gebrek aan transparantie een ongepaste benadeling kan inhouden. De wet lijkt evenwel duidelijk te zijn: een beding kan een ongepaste benadeling inhouden enkel en alleen omwille van een gebrek aan transparantie en zonder dat een materiële afweging van de rechten en plichten moet worden vastgesteld.²⁵³⁸ Ook voor de bedingen die krachtens §307, lid 3 BGB van de inhoudscontrole uitgesloten zijn, waaronder de kernbedingen, geldt het transparantiegebod. De uitsluiting van de inhoudscontrole treedt slechts in, wanneer het beding voldoet aan de vereisten van het transparantiegebod.²⁵³⁹ Enkel een voldoende transparantie van de prijs en van de beschrijving van het voorwerp van de overeenkomst laat immers een prijsvergelijking toe en verhindert een vervalsing van de mededinging.²⁵⁴⁰

4. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008

895. *Leesbaarheid van bedingen* – Overeenkomstig artikel 31, lid 1 richtlijnvoorstel dienen contractuele bedingen in duidelijke en begrijpelijke taal opgesteld en goed leesbaar te zijn. De *contra proferentem*-uitlegregel wordt in een afzonderlijk artikel 36 aangaande de interpretatie van bedingen opgenomen. Deze bepalingen komen in grote mate overeen met artikel 5 van de huidige richtlijn. In het richtlijnvoorstel wordt daarenboven uitdrukkelijk gesteld dat de algemene voorwaarden leesbaar moeten zijn. Dit houdt in dat de bedingen in zo’n lettertype en lettergrootte moeten zijn opgesteld dat de consument ze ook daadwerkelijk kan lezen.²⁵⁴¹ Dit is niet nieuw, aangezien de leesbaarheid van bedingen reeds gekoppeld werd aan de formele zijde van het transparantievereiste. De lidstaten mogen

²⁵³⁶ H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 519; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 211 en 250.

²⁵³⁷ H. HEINRICHS, “Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993”, *NJW* 1994, (1380) 1384; J. HENNRICHS, “Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, (322) 340; J. HENNRICHS, “Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, 2002, (188) 197; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1142; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 417; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1199; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 138; N. REICH, “The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany”, *ERPL* 1997, (165) 170.

²⁵³⁸ W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1143.

²⁵³⁹ J. HENNRICHS, “Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, 2002, (188) 197; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1129; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1199 en 1206.

²⁵⁴⁰ H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1199.

²⁵⁴¹ M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, 2009, (183) 188.

geen aanvullende eisen opleggen omtrent de presentatiewijze of de formulering van de bedingen.²⁵⁴² Handelaren dienen vrij te zijn om zelf het lettertype en de lettergrootte van de bedingen te bepalen.²⁵⁴³

896. *Sanctie* – Over de sanctionering van een schending van het transparantievereiste bepaalt het richtlijnvoorstel niets. Het valt te betreuren dat de richtlijngever op dit punt, waarover reeds veel inkt gevloeid is bij de commentatoren van de huidige richtlijn, geen duidelijkheid schept. Wel knoopt het richtlijnvoorstel onrechtstreeks aan bij de bovenstaande rechtspraak van het Hof van Justitie.²⁵⁴⁴ Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een beding moet de bevoegde nationale autoriteit immers ook rekening houden met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft meegedeeld in het licht van artikel 31 richtlijnvoorstel.²⁵⁴⁵ Die zinsnede bevestigt dat een beding als oneerlijk kan worden beschouwd wanneer het niet voldoet aan het transparantievereiste. Derhalve wordt het transparantievereiste opnieuw uitdrukkelijk gelinkt aan de geldigheid van het beding.²⁵⁴⁶

897. *Terbeschikkingstelling van contractuele bedingen* – Het richtlijnvoorstel omvat in artikel 31, lid 2 een vernieuwing ten aanzien van de huidige richtlijn.²⁵⁴⁷ Er wordt vereist dat de contractuele bedingen aan de consument ter beschikking worden gesteld op een zodanige wijze dat hij daadwerkelijk in staat is zich daarvan op de hoogte te stellen voordat de overeenkomst gesloten wordt, met inachtneming van het gebruikte communicatiemiddel.²⁵⁴⁸ De consument moet immers de gelegenheid krijgen om de bedingen door te lezen, voordat de overeenkomst gesloten wordt. Dit kan inhouden dat de bedingen op verzoek overhandigd worden (bij overeenkomsten in verkoopruimten), of dat die op een andere wijze toegankelijk worden gemaakt (bv. op de website van de handelaar bij overeenkomsten op afstand), of dat standaardbedingen aan het bestelformulier worden gehecht (bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten).²⁵⁴⁹ Overeenkomstig artikel 31, lid 4

²⁵⁴² Art. 31, lid 4 richtlijnvoorstel.

²⁵⁴³ Overweging 47 richtlijnvoorstel. In artikel 31, lid 3 richtlijnvoorstel is verder nog een bijzondere bepaling opgenomen. Overeenkomstig dit artikel dient de handelaar uitdrukkelijk aan de consument te vragen of deze instemt met eventuele aanvullende betalingen, naast de overeengekomen betaling voor de contractuele hoofdprestatie van de handelaar. De tweede zinsnede van artikel 31, lid 3 richtlijnvoorstel bepaalt vervolgens: “*Wanneer de handelaar niet de uitdrukkelijke toestemming van de consument heeft verkregen, maar ervan uitgaat dat de consument die heeft gegeven omdat deze geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaalde default-opties, en daarmee de aanvullende betalingen, af te wijzen, heeft de consument recht op vergoedingen van deze betalingen*”. De doelstelling van deze bepaling wordt verduidelijkt in overweging 47 van het richtlijnvoorstel. De praktijk waarbij de instemming van de consument met eventuele aanvullende betalingen wordt verkregen door opt-out-systemen, zoals reeds aangekruiste vakjes bij online-verkoop, wordt verboden. Die bepaling is van groot belang bij online-verkoop en werd voor dit domein reeds verwoord in artikel 44 WMC. Zie dienaangaande J. STUYCK, “Unfair Terms”, in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, 2009, (115) 133; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A.-M. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 79.

²⁵⁴⁴ Zie *supra*, nrs. 887-888. Zie ook E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 160.

²⁵⁴⁵ Art. 32, lid 2 richtlijnvoorstel.

²⁵⁴⁶ E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 160. Zoals eerder gesteld (*supra*, nr. 893), anticipeerde de Belgische wetgever op deze bepaling uit het Richtlijnvoorstel door in art. 73, lid 2 WMC het transparantievereiste te linken aan de geldigheid van bedingen.

²⁵⁴⁷ Een verplichting tot terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen was niet expliciet opgenomen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Wel wordt er naar verwezen in overweging 20 Richtlijn Oneerlijke Bedingen, waar gesteld wordt dat “*de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen*”.

²⁵⁴⁸ Art. 31, lid 2 richtlijnvoorstel.

²⁵⁴⁹ Overweging 47 richtlijnvoorstel.

richtlijnvoorstel mogen de lidstaten geen aanvullende eisen stellen aangaande de wijze van terbeschikkingstelling van de bedingen aan de consument.²⁵⁵⁰

Ook voor een schending van het terbeschikkingstellingsvereiste is in het voorstel geen uitdrukkelijke sanctie opgenomen.²⁵⁵¹ ROTT en TERRYEN zijn echter van oordeel dat de sanctionering in geval van schending van de verplichting tot terbeschikkingstelling een bevoegdheid van de lidstaten blijft.²⁵⁵² Ook de gevolgen van een schending van de informatieplichten worden overeenkomstig artikel 6 richtlijnvoorstel vastgesteld overeenkomstig het nationale recht. Waar men bij een schending van de informatieplichten kan terugvallen op een (nationale) sanctionering via de wilsgebreken en/of de leer inzake de *culpa in contrahendo*, zal een schending van het terbeschikkingstellingsvereiste veeleer met zich meebrengen dat de consument geen kennis heeft kunnen nemen van de bedingen en deze dus niet heeft kunnen aanvaarden. De bedingen maken dan ook geen deel uit van de overeenkomst.²⁵⁵³ Deze verplichting tot terbeschikkingstelling van de contractuele bedingen is nieuw en zal, indien zij gehanteerd blijft in de uiteindelijke richtlijn, in de toekomst moeten worden omgezet in de WMC.²⁵⁵⁴

C. Transparantievoorbehoud bij kernbedingen

1. Het Belgische recht

898. *Volledige inhoudelijke toetsing van kernbedingen* – In het Belgische recht wordt nauwelijks stilgestaan bij de verschillende interpretatiemogelijkheden van het transparantievoorbehoud bij kernbedingen. De meeste auteurs gaan ervan uit dat kernbedingen slechts uit het toetsingsbereik van de onrechtmatige bedingenleer worden gesloten, voor zover ze duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn.²⁵⁵⁵ Is dat niet het geval, dan zou het beding onderworpen worden aan de volledige toetsing op

²⁵⁵⁰ Doordat de contractuele bedingen niet opgenomen zijn in de limitatieve lijst van de informatieverplichtingen uit art. 5, wordt het terbeschikkingstellingsvereiste in het richtlijnvoorstel als een zuiver formele mededeling ingevuld. In tegenstelling tot art. 30 WHPC, omvat het richtlijnvoorstel geen inhoudelijke informatieplicht aangaande de contractuele bedingen. De omzetting van het voorstel zou op dat punt dan ook een achteruitgang inhouden van de consumentenbescherming in het Belgische recht. Voor een diepgaande bespreking van de informatieplichten in het richtlijnvoorstel, zie in het bijzonder de bijdrage van Prof. dr. I. SAMOY en Prof. dr. E. TERRYEN.

²⁵⁵¹ M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden onder de voorgestelde Richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, 2009, (183) 189.

²⁵⁵² P. ROTT en E. TERRYEN, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *ZeUP* 2009, (456) 484.

²⁵⁵³ E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 161. In dezelfde zin, European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group), *Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, 2009, Oxford University Comparative Law Forum, ouclf.iuscomp.org, punt IV, 5, f. Zie ook K. VANDERSCHOT, “Instemming met algemene voorwaarden: kennisname- en aanvaardingsclausules”, in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, (1) 3 e.v.

²⁵⁵⁴ Het richtlijnvoorstel legt geen expliciet vereiste op aangaande de taal waarin de algemene voorwaarden moeten worden meegedeeld aan de consument. Artikel 31, lid 4 richtlijnvoorstel stelt zelfs uitdrukkelijk dat de lidstaten “geen aanvullende eisen [mogen opleggen] met betrekking tot de wijze waarop de bedingen in overeenkomsten gepresenteerd, geformuleerd of ter beschikking van de consument gesteld worden”. De vraag rijst of deze bepaling de lidstaten verbiedt om bijzondere taalvereisten op te leggen aangaande de contractuele bedingen. Overeenkomstig overweging 47 van het richtlijnvoorstel moet de consument immers de gelegenheid krijgen om de bedingen door te lezen alvorens de overeenkomst te sluiten. Houdt dit ook niet in dat hij in staat moet zijn deze te begrijpen, wat inhoudt dat hij de voorwaarden ontvangt in een taal die hij begrijpt, of minstens vereist dat hij uitdrukkelijk aangeeft dat hij het begrijpt? Er kan worden geoordeeld dat het vereiste tot gebruik van de taal van de consument niet louter een *presentational requirement* of *exigence formelle* is, maar veeleer een concretisering is van het vereiste dat contractuele bedingen duidelijk en begrijpelijk opgesteld en goed leesbaar moeten zijn. Het taalvereiste verbieden zou een uitholling betekenen van het transparantievereiste. Zie E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 162.

²⁵⁵⁵ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 35; P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue

basis van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC).²⁵⁵⁶ De appreciatie van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding zal afhangen van consument tot consument.²⁵⁵⁷ Enkel DEMUYNCK pleit voor een beperkte interpretatie van het transparantievereiste bij kernbedingen en benadrukt dat de onrechtmatige bedingenleer er niet op gericht is om de consument te behoeden tegen onjuiste prijzen. Artikel 4, lid 2 Richtlijn geeft volgens haar dan ook gewoon aan dat kernbedingen op één enkel aspect getoetst kunnen worden binnen het kader van de onrechtmatige bedingenleer, met name wat hun graad van duidelijkheid en begrijpelijkheid betreft. Blijkt een onduidelijk kernbeding een vermoed niet-kernbeding te zijn, dan staat evenwel niets de volledige toetsing van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC) in de weg.²⁵⁵⁸

899. *Transparantievereiste in de WOBVB* – Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de WOBVB werd lang gedebatteerd omtrent het transparantievereiste. Het voorbehoud van duidelijkheid en begrijpelijkheid bij de ontoetsbaarheid van kernbedingen werd overgenomen uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, maar kreeg er een bijzonder ruime invulling.²⁵⁵⁹ Enkele passages uit de voorbereidende werken verheffen artikel 4, lid 2 Richtlijn tot een verplichting tot prijstransparantie. De titularis van een vrij beroep wordt immers verplicht tot duidelijke informatieverstrekking over de essentiële contractuele elementen, in het bijzonder over het ereloon.²⁵⁶⁰ Daarmee wordt het uitgangspunt van de ontoetsbaarheid van de prijs als kernbeding bijna vergeten. Het transparantievereiste vormt immers slechts een voorwaarde voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen.²⁵⁶¹ In de voorbereidende werken lijkt de voorwaarde evenwel tot regel te zijn verheven en wordt het verschil tussen het vereiste van duidelijke prijsbedingen en het vereiste van voorafgaandelijke mededeling van de prijs verwaarloosd.

900. *Vorbereidende werkzaamheden* – Overeenkomstig de voorbereidende werken verplicht deze bepaling iedere titularis van een vrij beroep om “*zijn honoraria en de manier om zijn tarieven aan te rekenen duidelijk mede te delen indien hij wil vermijden dat over de hoogte van zijn honoraria wordt gediscussieerd.*” Bij de toepassing van artikel 459 Ger. W. dient rekening te worden gehouden met deze norm, ook wat de inperking van de honoraria en de voorlichting van de cliënt betreft. Een advocaat hoeft niet op basis van een tarifieringssysteem te werken. Wel dient hij duidelijk de berekening van zijn honoraria toe te lichten. Deze wet zou advocaten o.m. “*de plicht opleggen om hun cliënten naar*

d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21-22.

²⁵⁵⁶ S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155. Zie ook R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 136; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-18; A. THILLY, “Les dates de valeur en droit belge”, *JT* 1995, (753) 757. Zie impliciet in dezelfde zin bij de Franse auteur S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 354.

²⁵⁵⁷ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 35; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 22.

²⁵⁵⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 102.

²⁵⁵⁹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 111; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1329.

²⁵⁶⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 111; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1329.

²⁵⁶¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 112; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1329.

behoren te informeren over de wijze waarop zij hun ereloon zullen begroten in functie van de complexiteit van de zaak en het werk die deze vraagt". Artikel 4, lid 2 Richtlijn zou daarom *"vaak op de honoraria van advocaten (kunnen) worden toegepast omdat die zelden klare en bevattelijke afspraken maken over het verband tussen hun vergoeding enerzijds en de te verlenen diensten anderzijds"*.²⁵⁶²

901. *Antwerpen 12 februari 2007*²⁵⁶³ – Aangaande deze problematiek werd een interessant arrest geveld door het hof van beroep te Antwerpen. De feiten waren de volgende. Een koppel deed een beroep op een advocaat om hun belangen te behartigen in een drietal gerechtelijke procedures. Over het ereloon werden vooraf geen afspraken gemaakt. Het koppel betwistte nadien de ereloonstaten van de advocaat. Het geschil werd voorgelegd aan de taxatiecommissie van de Orde van Advocaten en de ereloonstaten worden door de commissie grotendeels goedgekeurd. Het koppel trok naar de rechtbank die hun vordering afwijst, en ging daarna in hoger beroep.

Het koppel voerde voor het hof van beroep de schending aan van artikel 7, §2 WOBVB, artikel 8, lid 2 WOBVB en artikel 7, §4 WOBVB. Appellanten meenden dat, aangezien er onvoldoende transparantie is over het ereloon (artikel 8, lid 2), de gelijkwaardigheid van het ereloon en de prestatie van de advocaat getoetst kon worden aan de algemene norm van artikel 7, §2 WOBVB.²⁵⁶⁴ Uit de afwezigheid van een afspraak omtrent het ereloon leidde het koppel af dat de advocaat een partijbeslissing over zijn ereloon beoogde, hetgeen volgens het koppel nietig is overeenkomstig de WOBVB aangezien het transparantievereiste zou zijn geschonden. Deze zienswijze werd door het hof afgekeurd. De advocaat heeft bij wijze van partijbeslissing zijn ereloon bepaald en aan het toezicht van de taxatiecommissie onderworpen. Bij gebrek aan een specifiek beding aangaande het ereloon hebben de partijen zich overeenkomstig artikel 1135 Burgerlijk Wetboek verbonden tot de toepassing van artikel 446ter, lid 1 en 2 Gerechtelijk Wetboek (oud artikel 459 Ger.W.). Volgens dat artikel begroten advocaten hun ereloon met de bescheidenheid die van hun ambt moet worden verwacht. Gebeurt dat niet, dan wordt het door de raad van de orde verminderd, met inachtneming van o.m. de belangrijkheid van de zaak en de aard van het werk. De partij behoudt zich het recht voor om zich tot de rechter te wenden als de zaak niet aan een scheidsgerecht is onderworpen. Het hof overwoog verder dat uit het toepassingsgebied van artikel 7, §2 WOBVB een aantal bedingen zijn uitgesloten, met name bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn opgenomen. Volgens het hof kan *"een clause die conform de wettelijke bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek is geformuleerd (...) bijgevolg niet strijdig zijn met de bepalingen van de wet van 2 augustus 2002 en kan [die clause] niet worden gecontroleerd op zijn rechtmatigheid"*. Het hof stelde verder het volgende: *"Of die toepassing van art. 459 Ger. W. al dan niet uitdrukkelijk wordt overeengekomen, doet er niet toe. Die toepassing maakt deel uit van de overeenkomst tussen appellanten en de geïntimeerde. Als behorend tot die overeenkomst kan de toepassing van art. 459 Ger. W. volgens de wet van 2 augustus 2002 in geen enkele omstandigheid op haar regelmatigheid worden getoetst, zelfs indien hierdoor voor de appellanten de nodige transparantie zou ontbreken over het te verwachten ereloon."*

STUYCK bekritiseert terecht de redenering van het hof. Over de juiste draagwijdte van de uitzondering voor bedingen waarin dwingende wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn overgenomen, bestaat inderdaad heel wat onzekerheid. Die bepaling lijkt evenwel in te houden dat het moet gaan om een beding dat een dwingende bepaling *overneemt*. In *casu* was er geen sprake van een

²⁵⁶² Kamerverslag, *Parl. St. Kamer* 1996-1997, nr. 715/3, 4. Zie ook I. DEMUYNCK, "De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?", *RW* 1997-1998, (1313) 1329.

²⁵⁶³ Antwerpen 12 februari 2007, *RW* 2007-2008, 1117, noot.

²⁵⁶⁴ Zie ook J. STUYCK, "Cliënt maakt best duidelijke afspraken over ereloon", *Juristenkrant* 2007, nr. 147, 9.

beding en de regeling van artikel 446ter Ger. W. kan moeilijk als dwingend worden beschouwd.²⁵⁶⁵ O.i. diende het hof te besluiten tot de niet-toepasselijkheid van de WOBVB, aangezien het *in casu* niet ging om de beoordeling van een beding, maar wel om de beoordeling van een partijbeslissing.²⁵⁶⁶

2. Het Duitse recht

902. *Omzetting van artikel 4, lid 2 Richtlijn* – Over de interpretatie van artikel 4, lid 2 Richtlijn zijn in de Duitse doctrine twee strekkingen te onderscheiden. Een *behoudensgezinde strekking* stelt een interpretatie voorop die dicht aanleunt bij de toenmalige AGB-Gesetz. Als uitgangspunt wordt vooropgesteld dat in de AGB-Gesetz geen plaats is weggelegd voor de toetsing van kernbedingen. Hiermee wordt evenwel niet ontkend dat ook bij kernbedingen het transparantievereiste moet worden gerespecteerd. Artikel 4, lid 2 Richtlijn imliceert derhalve niet dat onduidelijke *Leistungsbeschreibungen* en *Preisregelungen* volledig aan de inhoudstoets van §307, lid 1 BGB onttrokken worden. De onduidelijke of onbegrijpelijke formulering van een kernbeding leidt er enkel toe dat een beding aan één beoordelingscriterium van de inhoudstoets onderworpen wordt, met name aan de transparantie ervan.²⁵⁶⁷ Ter illustratie kan verwezen worden naar de transparantie van prijsclausules. Er moet verhinderd worden dat de prijsbestanddelen in de algemene voorwaarden worden verborgen. De consument moet zich snel en correct kunnen informeren over de prijs alsook over de verhouding tussen de prijs en de tegenprestatie. Onmiddellijk wordt duidelijk dat de toetsing van een *juiste prijs* en de toetsing van de transparantie van de prijs verschillende zaken zijn. Zo zal de prijsclausule als onrechtmatig kunnen worden beschouwd, niet omdat de prijs te hoog wordt geacht in vergelijking met de geleverde tegenprestatie, maar wel omdat de clausule dubbelzinnig geformuleerd is.²⁵⁶⁸

Een *progressievere stroming* meent dat artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen wel een einde stelt aan het absolute verbod op de toetsing van kernbedingen. Geoordeeld wordt dat de vrijstelling van inhoudscontrole pas intreedt, wanneer het betrokken kernbeding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd. Elk onduidelijk geformuleerd beding, ook een kernbeding, is toetsbaar aan §307, lid 1 BGB in al zijn aspecten.²⁵⁶⁹

903. *Opvatting DREXL* – Deze discussie wordt door DREXL gekaderd in zijn model van economische zelfbeschikking in hoofde van de consument als marktdeelnemer. Hij benadrukt het onderscheid tussen *Missbräuchlichkeit* (oneerlijkheid) en *Angemessenheit* (gelijkwaardigheid), beide aangehaald in artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De oneerlijkeheidscontrole omvat de controle op

²⁵⁶⁵ J. STUYCK, “Cliënt maakt best duidelijke afspraken over ereloon”, *Juristenkrant* 2007, nr. 147, 9.

²⁵⁶⁶ In dezelfde zin, J. STUYCK, “Cliënt maakt best duidelijke afspraken over ereloon”, *Juristenkrant* 2007, nr. 147, 9. Voor een ander arrest aangaande de voorlichting van de cliënt over het te betalen ereloon, zie Antwerpen 29 mei 2000, *AJT* 2000-2001, 703, noot G.L. BALLON.

²⁵⁶⁷ Zie R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 673 en 675; M. COESTER, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2006, 353; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 421; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 524: (‘Die Durch § 1 verbotene Preiskontrolle darf aber nicht auf dem Umweg des Transparenzgebotes vorgenommen werden’). Zie ook op impliciete wijze, J. HENNRICHS, “Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnissen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, (322) 344; J. HENNRICHS, “Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, 2002, (188) 197; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1131.

²⁵⁶⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 101.

²⁵⁶⁹ W. NASALL, “Die Anwendung der EU Richtlinie über Missbräuchliche klauseln in Verbraucherverträgen”, *JZ* 1995, (689) 692; R. DAMM, “Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht”, *JZ* 1994, (161) 170.

gelijkwaardigheid (d.i. de controle van de contractinhoud zelf), maar is ruimer. Het omvat ook de aard en de wijze van invoeging van de clausules in de overeenkomst.²⁵⁷⁰

Enkel wanneer de contractvrijheid en de vrije mededinging de economische zelfbeschikking van de consument niet kunnen waarborgen, kan een inhoudscontrole gerechtvaardigd zijn.²⁵⁷¹ Op basis van een vergelijking tussen de prijs en het voorwerp van de overeenkomst, kan de consument verschillende aanbiedingen vergelijken. De contractvrijheid en de vrije mededinging garanderen in dit kader de economische zelfbeschikking van de consument. Wanneer de bedingen evenwel zo opgesteld worden dat de werkelijke prijs verdoezeld wordt en de consument een verkeerd beeld krijgt over de verhouding tussen de contractuele hoofdprestaties, dan kan de consument op basis van de prijs geen aanbiedingen meer vergelijken. In dat geval volstaan de contractvrijheid en de vrije mededinging niet langer om de economische zelfbeschikking van de consument te vrijwaren.²⁵⁷²

De (Duitse) algemene voorwaardenleer werkt deze aantasting van de economische zelfbeschikking van de consument ten gevolge van voorgeformuleerde contractsbedingen weg. De overeenkomstig §307, lid 1 BGB te toetsen *Angemessenheit* heeft betrekking op de inperking van de economische zelfbeschikking, die normaliter gevrijwaard wordt door de contractvrijheid en de vrije mededinging. De informatie ten aanzien van de consument wordt immers aangetast door clausules die niet transparant zijn. Op de inhoud van de prijsbepaling wordt niet ingegrepen, aangezien de garantie op transparantie volstaat om de mededingingsverhoudingen te herstellen. Het transparantiegebod is slechts het kleine broertje van de inhoudscontrole, waar ook het evenwicht van de inhoud zelf, en niet enkel de opstelling ervan, beoordeeld wordt.²⁵⁷³ In deze zin moet ook artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen geïnterpreteerd worden. Prijsclausules kunnen aangepakt worden indien het transparantiegebod geschonden wordt. Is het transparantievereiste daarentegen gevrijwaard, dan kan die clause niet als oneerlijk worden bestempeld. In dat geval speelt immers de mededinging zijn rol.²⁵⁷⁴

3. Eigen theorievorming

904. *Beperking tot transparantietoets* – Een onduidelijk en/of onbegrijpelijk kernbeding kan o.i. binnen de onrechtmatigheidstoets van de algemene norm enkel getoetst worden op het gebrek aan transparantie. *In concreto* moet worden nagegaan of het onduidelijke en/of onbegrijpelijke karakter van het beding leidt tot een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en de plichten van de partijen. Dat houdt evenwel niet in dat het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt getoetst. Verschillende argumenten wijzen in deze richting.

905. *Verwarrende formulering* – De onenigheid omtrent de uiteindelijke betekenis van het transparantievoorbehoud bij de ontoetsbaarheid van kernbedingen is gedeeltelijk ingegeven door de verwarrende formulering van artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Er wordt bepaald dat de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen geen betrekking heeft op de gelijkwaardigheid van, enerzijds, de prijs of vergoeding, en, anderzijds, de als tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Hiermee heeft de Europese regelgever willen aangeven dat prijsbedingen in beginsel buiten de oneerlijkheidstoets vallen. Door evenwel niet rechtstreeks te verwijzen naar die prijsclausules, maar een verwijzing te maken naar de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen, wordt o.i.

²⁵⁷⁰ J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 354-355.

²⁵⁷¹ *Supra*, nrs. 83 e.v.

²⁵⁷² J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 359.

²⁵⁷³ J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 362.

²⁵⁷⁴ J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 363.

onnodig verwarring gesticht. Immers, een *a contrario*-interpretatie van artikel 4, lid 2 Richtlijn lijkt inderdaad – o.i. evenwel ten onrechte – aan te geven dat een rechterlijke toetsing van de gelijkwaardigheid tussen de contractuele hoofdprestaties mogelijk is, indien de bedingen niet duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

906. *Onduidelijke invulling* – Indien geoordeeld wordt dat het onduidelijke en/of onbegrijpelijke karakter van een kernbeding aanleiding geeft tot een volledige inhoudstoetsing, dan zou dat een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhouden. Het is evenwel niet duidelijk hoe een rechter die toetsing zou moeten doorvoeren, aangezien het kernbeding net onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd is. De vraag rijst hoe een rechter de verhouding tussen de kernbedingen of het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties moet beoordelen, indien minstens één van die kernbedingen op zichzelf beschouwd reeds onduidelijk en/of onbegrijpelijk is.

907. *Transparantie als deel van de inhoudstoets* – O.i. dient artikel 4, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Bedingen zo te worden geïnterpreteerd dat het oneerlijke karakter van kernbedingen in beginsel niet beoordeeld wordt. Wanneer een kernbeding echter onduidelijk en/of onbegrijpelijk is geformuleerd, dan vindt de beoordeling van het oneerlijke karakter wel plaats, zij het slechts gedeeltelijk door middel van het transparantievereiste. Bedingen kunnen immers ook oneerlijk zijn, en derhalve het evenwicht tussen de contractuele rechten en verplichtingen aanzienlijk verstoren ten nadele van de consument, doordat ze onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd zijn. In die zin maakt het transparantievereiste gewoon deel uit van de algemene toetsingsnorm.²⁵⁷⁵ Die interpretatie vindt steun in het Duitse recht alsmede in de rechtspraak van het Hof van Justitie, in het bijzonder in het arrest Commissie *versus* Nederland.²⁵⁷⁶ Het recentelijk ingevoerde artikel 73, lid 2 WMC alsook artikel 31, lid 2 Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 lijken deze zienswijze te bevestigen.²⁵⁷⁷

908. *ACQUIS-principles* – Ook in de ACQUIS-principles wordt voor die zienswijze geopteerd. Overeenkomstig artikel 6:302 ACQUIS-beginselen moeten niet afzonderlijk onderhandelde bedingen opgesteld en meegedeeld worden in duidelijke, begrijpelijke taal. De uitleg bij dat artikel geeft aan dat de contractuele bedingen transparant moeten zijn om de inhoudstoets van artikel 6:301 ACQUIS-beginselen te doorstaan. Daaraan is voldaan indien de wederpartij uit het contract en de contractuele bedingen kan afleiden wat zijn rechten en verplichtingen zijn. De bewoordingen dienen derhalve duidelijk en begrijpelijk te zijn.²⁵⁷⁸

909. *Concrete toetsingsstappen* – Concreet kunnen zich twee situaties voordoen. Vooreerst kan er – door een onduidelijke en/of onbegrijpelijke formulering – twijfel bestaan over de vraag of een beding al dan niet als een kernbeding moet worden beschouwd. Het beding heeft een dubbelzinnige betekenis, in welk geval de *contra proferentem*-regel soelaas kan bieden. Bij twijfel over de betekenis van een

²⁵⁷⁵ In dezelfde zin, NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 139; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 507 e.v.; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 165-166. Zie ook de Franse auteurs BENABENT, *Les obligations*, 2005, 132; J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 212. Zie ook de Nederlandse auteurs, ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 380; H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, “Een rechtlijnige richtlijn. Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1992, (4) 13.

²⁵⁷⁶ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 162.

²⁵⁷⁷ *Supra*, nr. 893 en 896.

²⁵⁷⁸ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 240.

beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. Het beding moet in dat geval gekwalificeerd worden als een niet-kernbeding, zodat een volledige inhoudstoetsing op basis van de algemene norm kan worden doorgevoerd.

Daarnaast is het ook denkbaar dat een beding, dat duidelijk als een kernbeding kan worden gekwalificeerd, onduidelijk en/of onbegrijpelijk is geformuleerd. Indien de *contra proferentem*-uitleggingsregel geen oplossing kan bieden, kan het beding op transparantie worden getoetst op basis van artikel 2, 28°, artikel 40, §1 en artikel 73, lid 2 WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Het gebrek aan transparantie kan voldoende zwaar doorwegen om het kernbeding als onrechtmatig te bestempelen. In dat geval lijkt de nietigheid van het kernbeding de nietigheid van de ganse overeenkomst met zich mee te brengen. De overeenkomst kan immers zonder het onrechtmatige kernbeding niet voortbestaan overeenkomstig artikel 75, §1, lid 2 WMC (oud art. 33, §1, lid 2 WHPC).²⁵⁷⁹ Indien het kernbeding slechts gedeeltelijk onduidelijk is, zou een partiële nietigheid van het beding die verreikende gevolgen kunnen temperen, op voorwaarde dat het beding op zichzelf beschouwd geen onverbreekbaar geheel vormt.²⁵⁸⁰

§5. De ontoetsbaarheid van kernbedingen na de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

A. Toepassing van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen

910. *Omzetting in het nationale recht* – Sommige lidstaten hebben de ontoetsbaarheid van kernbedingen niet overgenomen in hun nationale recht (bv. Oostenrijk, Denemarken, Griekenland, Letland, Luxemburg, Slovenië, Spanje en Zweden).²⁵⁸¹ Dat de kernbedingen in deze landen wel onderworpen zijn aan de inhoudstoets, heeft tot weinig problemen geleid in de praktijk. De hoven en rechtbanken zijn er niet massaal of lukraak overgegaan tot de toetsing van kernbedingen.²⁵⁸²

911. *Interpretatieproblemen* – De Commissie erkent dat de uitsluiting van kernbedingen uit de oneerlijkheidstoets aanleiding geeft tot interpretatieproblemen die de juiste toepassing van de wettekst compromitteren. Aangaande prijsbedingen oordeelt de Commissie als volgt: “*Terms concerning the price do indeed fall within the remit of the Directive, since the exclusion concerns the adequacy of the price and the remuneration as against the services or goods supplied in exchange and nothing else. The terms laying down the manner of calculation and the procedures for altering the price remain entirely subject to the Directive*”²⁵⁸³ (eigen onderlijning) Hiermee wordt benadrukt dat de uitsluiting in de richtlijn – wat prijsbedingen betreft – enkel slaat op de gelijkwaardigheid tussen prijs en

²⁵⁷⁹ M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 64.

²⁵⁸⁰ R.H.C. JONGENEEL, “Duidelijkheid en begripelijkheid van algemene voorwaarden”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (321) 328.

²⁵⁸¹ SCHULTZE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 232.

²⁵⁸² Verslag van de Commissie over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, 27 april 2000, COM (2000) 248 def., (1) 15-16. Ook in de Scandinavische rechtssystemen zijn de hoofdverbintenissen van de contractpartijen onderworpen aan een algemene toetsingsnorm (M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 239). Zie ook F.J.W. LÖWENSTEYN, “Consumentenbeleid: het Zweedse model”, in X. (ed.), *Is het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof. H.C.F. Schoordijk*, 1991, (137) 150-153.

²⁵⁸³ Bewust citeren wij hier de Engelse versie van het verslag van de Commissie. De Nederlandse vertaling is – minstens wat deze passage betreft – zeer onnauwkeurig, en zelfs foutief. De Nederlandse vertaling luidt als volgt: “*Wat de prijsbedingen betreft, deze vallen wanneer de uitsluiting alleen betrekking heeft op de gelijkwaardigheid van de prijs enerzijds en de als tegenprestatie te leveren goederen of diensten anderzijds wel degelijk onder de toetsing in de zin van de richtlijn. De bedingen betreffende de wijze waarop de prijs wordt berekend of wordt gewijzigd, vallen volledig onder de toetsing zoals bedoeld in de richtlijn.*” (eigen onderlijning)

vergoeding, enerzijds, en de geleverde goederen en diensten, anderzijds. Alle andere bedingen aangaande de prijs, zoals bedingen aangaande de berekeningswijze of de prijswijziging, zijn wel toetsbaar.²⁵⁸⁴

Wat betreft de bedingen aangaande het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, draagt de uitsluiting van de Richtlijn in geen enkel opzicht bij tot de oplossing van de enkele gevallen waarin dat aspect van belang is. Het typische voorbeeld betreft de verzekeringscontracten. Hoe kan bepaald worden of de uitsluiting van een bepaald risico van verzekeringsdekking een beding is betreffende het voorwerp van de overeenkomst – en derhalve uitgesloten van toetsing – dan wel een beding is aangaande uitsluiting van aansprakelijkheid, wat wel onderworpen is aan toetsing onder de Richtlijn? De Commissie wijst hier terecht op de moeilijke afgrenzing tussen beide soorten bedingen.²⁵⁸⁵

912. *Advies van het Economisch en Sociaal Comité* – In haar advies van 30 november 2000 pleit het Economisch en Sociaal Comité voor de afschaffing van de onterechte uitsluitingen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²⁵⁸⁶ Het Comité wijst in dat verband specifiek op de “*uitsluiting m.b.t. bedingen waarover door de consument afzonderlijk is onderhandeld, (...) uitsluiting in verband met dwingende bedingen en (...) uitsluiting in verband met de prijs en het voorwerp van de overeenkomst*”. Al die bepalingen zouden door de meeste lidstaten niet omgezet zijn in de nationale wetgevingen, wat volgens het Comité de bescherming van de consument enkel ten goede komt.²⁵⁸⁷ In haar conclusies herhaalt het Comité dat “*een einde [moet] worden gemaakt aan de uitsluiting van bedingen*”, hetgeen betekent dat “*de Richtlijn dus ook [moet] gaan gelden voor ... clausules in verband met de prijs en het voorwerp van de overeenkomst, als blijkt dat deze als oneerlijk dienen te worden beschouwd*”.²⁵⁸⁸

B. Harmoniseringsinitiatieven

913. *Principles of European Contract Law* – De toetsing van kernbedingen is ook uitgesloten in artikel 4:110 PECL. De algemene toetsingsnorm neergelegd in artikel 4:110, lid 1 PECL, heeft geen betrekking op “*(a) een beding dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst bepaalt, voor zover het duidelijk en begrijpelijk is verwoord; of op (b) de gelijkheid in waarde van de verbintenissen van de ene partij vergeleken met die van de andere partij*”.²⁵⁸⁹ Hiermee wil men vermijden dat de *iustum pretium*-leer opnieuw wordt geïntroduceerd.²⁵⁹⁰ Wel moet de ontoetsbaarheid van kernbedingen restrictief worden geïnterpreteerd. Bedingen aangaande een prijsverhoging zijn derhalve wel toetsbaar.²⁵⁹¹ Hiermee zijn de PECL in overeenstemming met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²⁵⁸⁴ *Supra*, nr. 863.

²⁵⁸⁵ Meer hieromtrent, zie *infra*, nrs. 1037 e.v.

²⁵⁸⁶ Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het “Verslag van de Commissie over de toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, 30 november 2000, *PB C* 116, 20 april 2001, 117-127.

²⁵⁸⁷ Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het “Verslag van de Commissie over de toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, 30 november 2000, *PB C* 116, 20 april 2001, (117) 120.

²⁵⁸⁸ Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het “Verslag van de Commissie over de toepassing van de Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, 30 november 2000, *PB C* 116, 20 april 2001, (117) 124.

²⁵⁸⁹ Art. 4:110, lid 2 PECL.

²⁵⁹⁰ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 269. Zie ook M. W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, 2001, 142; J. HJUMA, “Chapter 4 – Validity”, in X. (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, 2002, 215.

²⁵⁹¹ O. LANDO en H. BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, 269. Zie ook M. W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, 2001, 142.

Evenwel is het transparantievereiste van de PECL enkel van toepassing op de bedingen aangaande het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, en niet op prijsclausules.²⁵⁹²

914. *ACQUIS-principes* – In artikel 6:303, lid 2 ACQUIS-beginselen wordt als volgt bepaald: “*For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.*”²⁵⁹³

De *ratio legis* van de ontoetsbaarheid is tweevoudig. Vooreerst is een rechterlijke controle van de kwaliteit van de goederen en diensten alsmede van de gelijkwaardigheid van prijs onverenigbaar met de noden van een vrije markteconomie. De keuze van de partijen om een zekere prijs te betalen in ruil voor bepaalde goederen of diensten wordt individueel gemaakt en laat geen ruimte voor rechterlijke controle. Daarenboven zou dergelijke controle bepaalde criteria vereisen ter beoordeling van de gelijkwaardigheid van de contractuele hoofdprestaties. Een andere situatie ligt evenwel voor wanneer niet is voldaan aan het transparantievereiste. Wanneer de bedingen onvoldoende transparant zijn, kan de marktdeelnemer geen geïnformeerde beslissing nemen zodat een rechterlijke controle zich opdringt.²⁵⁹⁴

C. Herziening van het acquis communautaire

915. *Groenboek* – In het Groenboek wordt vastgesteld dat in de nationale wetgevingen de overeenkomst veelal vernietigd kan worden, indien de benadeelde contractpartij weinig keuze had aangaande het al dan niet sluiten van de overeenkomst en deze situatie werd uitgebuit door de contractuele tegenpartij via de oplegging van een exorbitant hoge prijs. Ter illustratie wordt verwezen naar de situatie waar de consument, die 's nachts met gebroken remmen in een afgelegen gebied gestrand is, instemt met een zeer hoge prijs voor het herstel van zijn wagen. De vraag rijst of de inhoudstoetsing uitgebreid zou moeten worden tot de kernbedingen.²⁵⁹⁵ Vraag D3 van het Groenboek luidt dan ook als volgt: *Moet de werkingssfeer van de beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen worden uitgebreid?* Als eerste optie wordt een uitbreiding tot het voorwerp en de prijs van de overeenkomst vooropgesteld. De tweede optie hanteert een status-quo.²⁵⁹⁶

916. *Reacties op het Groenboek* – De reacties op bovenvermelde vraag waren uiteenlopend. Zo verwijst HONDIUS ter afwijzing van een uitbreiding van de toetsing van kernbedingen naar de *iustum pretium*-leer. Hij stelt tevens voorop dat de nationale wetgevingen reeds andere remedies voorzien ter sanctionering van te hoge of te lage prijzen.²⁵⁹⁷ Ook BEALE en SCHULTE-NÖLKE verkiezen de tweede optie. Deze auteurs benadrukken dat ondernemingen vrij moeten zijn om het voorwerp van de overeenkomst te bepalen, in de veronderstelling dat de consument een redelijke kans heeft om te begrijpen wat aangeboden wordt. De Richtlijn zou wel moeten aangeven dat de vrijstelling enkel geldt voor bedingen die substantieel dezelfde zijn als de consument redelijkerwijze verwachtte. Wat de gelijkwaardigheid van de prijs betreft, aarzelen de auteurs en laten ze hun antwoord afhangen van het

²⁵⁹² H.-W. MICKLITZ, “European Principles and the Protection of the Weaker Party”, *JCP* 2004, (339) 350

²⁵⁹³ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 241. In dezelfde zin, art. II-9:407, lid 2 DCFR.

²⁵⁹⁴ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 242.

²⁵⁹⁵ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2007) 99 def., 20.

²⁵⁹⁶ Groenboek Herziening van het consumentenacquis, COM (2007) 99 def., 21.

²⁵⁹⁷ E. HONDIUS, *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*, 12 februari 2007, 8-9.

feit of de lidstaten de optie zullen weerhouden om consumenten het recht te verlenen oneerlijke prijzen aan te vechten, d.i. of de minimumharmonisatie op dit vlak behouden blijft.²⁵⁹⁸

Verschillende lidstaten, zoals Frankrijk en België, wijzen een uitbreiding van de toetsing naar de kernbedingen af en verwijzen hiervoor naar andere specifieke regels, in het bijzonder naar de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.²⁵⁹⁹ Samenvattend worden in de afwijzende reacties volgende argumenten aangehaald: (i) waarschuwing voor wettelijke onzekerheid alsmede voor een impact op de contractvrijheid, (ii) de prijs wordt bepaald door mededinging, waardoor een uitbreiding tegen de vrije markteconomie dreigt in te gaan, (iii) het groenboek haalt geen goede reden aan om uit te breiden, en (iv) de resolutie van het Europees Parlement verwierp dit, rekening houdend met de contractvrijheid.²⁶⁰⁰

In de reacties die een uitbreiding van de toetsing naar kernbedingen toejuichen, worden *grosso modo* twee argumenten aangehaald. Vooreerst wordt benadrukt dat een uitbreiding de consumentenbescherming ten goede zou komen door een hoger niveau van objectiviteit en transparantie te vereisen doorheen het ganse contractuele proces. Daarnaast wordt geargumenteed dat de vrijheid tot prijsbepaling in een vrije markteconomie een onevenwicht creëert tussen de professionele partij en de consument. De uitbreiding van de onredelijkheidstest zou het evenwicht herstellen.²⁶⁰¹

917. *Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008* – In het richtlijnvoorstel worden de kernbedingen in artikel 32, lid 3 opnieuw van de inhoudstoets uitgesloten. Deze uitsluiting wordt echter beter verwoord: “*De leden 1 en 2 zijn niet van toepassing op de beoordeling van het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst of op de redelijkheid van de aangegeven betaling voor de vervulling van de centrale contractuele verplichting van de handelaar, op voorwaarde dat de handelaar volledig voldaan heeft aan artikel 31.*” Indien de handelaar voldoet aan de transparantievoorschriften van artikel 31 van het voorstel, dan kunnen de kernbedingen derhalve niet onderworpen worden aan de oneerlijkheidstoets, neergelegd in artikel 32, lid 1 en 2 van het voorstel.²⁶⁰²

De ontoetsbaarheid van kernbedingen in het richtlijnvoorstel is een herneming van de huidige richtlijn. De uitsluiting wordt wel anders verwoord. Zo wordt niet meer gesproken over “*het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*” of over “*de gelijkwaardigheid van de prijs of vergoeding en de als*

²⁵⁹⁸ H. BEALE en H. SCHULTE-NÖLKE, *Green Paper on the Review on the Consumer Acquis. Response submitted on behalf of the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, 11.

²⁵⁹⁹ Consultation publique de la Commission européenne sur la révision de l’acquis en matière de protection des consommateurs, Réponse des autorités françaises, mei 2007, 11; Livre vert sur la révision de l’acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, Brussel, 27 april 2007, 10. Zie ook DG HEALTH AND CONSUMER PROTECTION, *Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis*, 6 november 2007, 69. Meer over de rol van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in dat verband, zie *infra*, nrs. 1323 e.v.

²⁶⁰⁰ DG HEALTH AND CONSUMER PROTECTION, *Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis*, 6 november 2007, 69. Zie ook M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten”, in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, 2009, (183) 190-191.

²⁶⁰¹ DG HEALTH AND CONSUMER PROTECTION, *Preparatory Work for the Impact Assessment on the Review of the Consumer Acquis*, 6 november 2007, 68.

²⁶⁰² Net zoals in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen is ook in dit Voorstel een overweging gewijd aan deze materie. Overweging 49 luidt als volgt: “*Voor de doeleinden van deze richtlijn dient de eerlijkheid van de bedingen die het centrale onderwerp van de overeenkomst beschrijven niet beoordeeld te worden, noch de kwaliteit-prijs verhouding van de geleverde goederen of diensten, tenzij deze bedingen niet aan de voorschriften inzake transparantie voldoen. Het centrale onderwerp van de overeenkomst en de prijs-kwaliteitverhouding spelen echter wel een rol bij de beoordeling van de eerlijkheid van andere bedingen. Bij verzekeringsovereenkomsten bijvoorbeeld dienen de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing te zijn, aangezien deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie.*”

tegenprestatie te leveren goederen of te verrichten diensten". Die zinsneden worden vervangen door "*het centrale onderwerp van de overeenkomst*" en "*de kwaliteit-prijsverhouding*".²⁶⁰³

De draagwijdte van het transparantievoorbehoud bij kernbedingen wordt helaas niet verduidelijkt. Wel wordt het algemeen transparantievereiste in het voorstel duidelijk gelinkt aan de geldigheid van het beding. Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een beding moet de bevoegde nationale autoriteit immers rekening houden met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft meegedeeld in het licht van artikel 31 richtlijnvoorstel. Die zinsnede bevestigt dat een beding als oneerlijk kan worden beschouwd, wanneer het niet voldoet aan het transparantievereiste. Spijtig genoeg werd in het richtlijnvoorstel niet de stap gezet naar de automatische onrechtmatigheid van het beding in geval van schending van het transparantievereiste.²⁶⁰⁴

AFDELING V. ALGEMENE TOETSINGSNORM

918. *Inleiding* – Met de algemene toetsingsnorm uit de onrechtmatige bedingenleer beschikt de rechter over een ruime appreciatiebevoegdheid om clausules uit consumentenovereenkomsten te toetsen op hun rechtmatigheid.²⁶⁰⁵ De invoering ervan en de daaraan gekoppelde sanctionering van onrechtmatige bedingen vormde een belangrijke vernieuwing in het verbintenissenrecht: "*On est passé ainsi d'une modification du contrat par le législateur à une modification par les tribunaux*".²⁶⁰⁶ Sommige auteurs vreesden aanvankelijk voor een overvloed aan rechterlijke beslissingen, die contractuele clausules als oneerlijk zouden beschouwen.²⁶⁰⁷ Die vrees is evenwel onterecht gebleken. Toepassingen van de algemene norm zijn vrij schaars.²⁶⁰⁸

§1. Korte situering

A. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen en het Belgische recht

919. *Artikel 3, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen en artikel 7, §2 WOBVB* – In de Richtlijn wordt een beding waarover niet afzonderlijk onderhandeld is als oneerlijk beschouwd "*indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort*". Dezelfde

²⁶⁰³ In de Engelse en de Franse versie hanteert men echter deels dezelfde bewoording als de huidige richtlijn, met name '*main subject matter*' en '*l'objet principal*'. In de Nederlandstalige versie werd '*de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst*' vervangen door '*bedingen die het centrale onderwerp van de overeenkomst beschrijven*'.

²⁶⁰⁴ In dezelfde zin, CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 140.

²⁶⁰⁵ F. DE LY, "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *RW* 1991-1992, (1141) 1151; E. DIRIX en A. VAN OEVELEN, "Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) (eerste deel)", *RW* 1992-1993, (1209) 1210. Zie ook H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law. Vol. 1: Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, 1997, 146. Voor het *Franse* recht, zie G. MEILHAC, "Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 306.

²⁶⁰⁶ GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 155. Zie ook P. VAN OMMESELAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo", in X. (ed.), *Liber amicorum Jacques Heenen*, 1994, (509) 531.

²⁶⁰⁷ A. DE CALUWE, "Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d'opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d'assurance", in X. (ed.), *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marché*, 1993, (445) 468-469.

²⁶⁰⁸ Hierna worden verschillende vonnissen en arresten aangehaald. In 2007 heeft ook het Hof van Cassatie een eerste arrest gewezen met betrekking tot de open norm. Dat arrest wordt hierna besproken (*infra*, nr. 1049). Op 21 december 2009 volgde een tweede arrest van het Hof inzake de algemene toetsingsnorm van art. 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Zie *infra*, nr. 931.

toetsingsnorm is opgenomen in artikel 7, §2 WOBVB, evenwel met weglating van het goede trouw-criterium.

920. *Vorbereidende werkzaamheden* – In het Voorstel van Richtlijn van 24 juli 1990 werden verschillende criteria vooropgesteld om een contractueel beding als oneerlijk te beschouwen. Er werd geprobeerd om alle bestaande criteria uit de toenmalige nationale rechtsstelsels op te nemen in de toekomstige richtlijn.²⁶⁰⁹ Elk van die criteria volstond op zichzelf om tot de oneerlijkheid van het beding te besluiten.²⁶¹⁰ Een beding werd als oneerlijk beschouwd, indien (i) het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk wordt verstoord, (ii) het ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst overmatig in het nadeel van de consument uitvalt, (iii) het ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk afwijkt van hetgeen de consument rechtmatig kon verwachten of (iv) het onverenigbaar is met de eisen van de goede trouw. Het Voorstel verwees naar enkele basisconcepten uit het verbintenissenrecht, zoals het goede trouw-vereiste en de (schending van de) legitieme verwachtingen.²⁶¹¹ De verwijzing naar het goede trouw-vereiste kan niet verwonderen, o.m. gelet op het belang van dat beginsel binnen de continentale rechtsstelsels en op de concrete rol ervan in de Duitse AGB-wetgeving.²⁶¹²

Het Gewijzigd Voorstel van Richtlijn van 1992 voorziet in artikel 3 een aangepaste algemene toetsingsnorm. Een beding werd er als oneerlijk beschouwd, indien het, ongeacht de eisen van goede trouw, (i) het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoord, (ii) ertoe leidt dat de uitvoering van de overeenkomst aanzienlijk afwijkt van hetgeen de consument rechtmatig kon verwachten.²⁶¹³ Het goede trouw-beginsel werd in dat Gewijzigd Voorstel geschrapt als een autonoom criterium en werd voortaan in overweging genomen in combinatie met twee andere criteria.²⁶¹⁴ Het tweede criterium inzake de legitieme verwachtingen van de consument werd naderhand geschrapt, omdat het reeds vervat zou liggen in het eerste criterium.²⁶¹⁵

921. *Onduidelijkheden over de concrete invulling* – De Richtlijn bevat geen eenduidige, concrete toetsingsnorm.²⁶¹⁶ Artikel 3, lid 1 Richtlijn is een compromisbepaling, waarvan de algemene bewoordingen geen uitsluitel geven over de concrete betekenis van de toetsingsnorm. Ook overweging 16 Richtlijn, waarin verwezen wordt naar andere algemene concepten (zoals de goede trouw, het op

²⁶⁰⁹ De Europese wetgever was immers in snelheid ingehaald door verschillende nationale wetgevers die al een nationale regelgeving inzake oneerlijke bedingen hadden uitgewerkt. Zie *supra*, nrs. 748 e.v.

²⁶¹⁰ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 143; M. TENREIRO, “The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 274.

²⁶¹¹ E. BALATE, “La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur: évaluation au regard du droit européen”, in X. (ed.), *Les pratiques du commerce et la protection et l’information du consommateur*, 1991, (175) 208; P. VAN OMMESLAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jacques Heenen*, 1994, (509) 530. Zie in dat verband ook L. CORNELIS, “Over de ontstentenis van overeenstemming met de rechtmatige verwachting van de consument als enige (?) en autonome (?) aansprakelijkheidsgrondslag (?) in het consumentenrecht”, in X. (ed.), *Droit de la consommation*, 1998, 89-134.

²⁶¹² NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 143; M. TENREIRO, “The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 275.

²⁶¹³ Zie ook N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 496.

²⁶¹⁴ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 143; M. TENREIRO, “The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 276.

²⁶¹⁵ M. TENREIRO, “The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 276.

²⁶¹⁶ E. HONDIUS, “La Directive sur les clauses abusives et les états membres de l’union européenne”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (591) 596; G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 115.

eerlijke en billijke wijze onderhandelen, de legitieme verwachtingen, ...) biedt geen verduidelijking.²⁶¹⁷ De Richtlijn lijkt de (on)rechtmatigheidstoets te koppelen aan het goede trouw-vereiste, in combinatie met een schijnbaar concreter onevenwichtscriterium. Daarbij valt de gelijkenis met de (oude) toetsingsnormen uit het Franse en Duitse recht op. In het oude Franse recht werd ook een onevenwichtscriterium gehanteerd (*avantage excessif*), in combinatie met het vereiste van een *abus de puissance économique*. Het Duitse recht verwijst ook naar het goede trouw-vereiste en naar een onevenredige benadeling.²⁶¹⁸

Ook al kan de onrechtmatigheidstoets uit de Richtlijn (gedeeltelijk) teruggebracht worden op bestaande nationale toetsingsnormen, toch blijven onduidelijkheden bestaan omtrent de invulling ervan. In dat verband kan o.m. gewezen worden op de noodzaak tot het bepalen van de graad van onevenwicht, d.i. de invulling van het begrip *aanzienlijk*. Ook het goede trouw-vereiste lijkt op verschillende wijzen te kunnen worden ingevuld. Daarenboven is de verhouding tussen het onevenwichtscriterium en het goede trouw-vereiste niet duidelijk.²⁶¹⁹

922. *Artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC)* – Overeenkomstig artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC) is een onrechtmatig beding, elk beding of elke voorwaarde in een overeenkomst tussen een onderneming en een consument die, alleen of in samenhang met een of meer andere bedingen of voorwaarden, “een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de consument”. Deze algemene bepaling geeft niet alleen de definitie van een onrechtmatig beding weer, maar vormt ook een autonome grondslag tot toetsing van bedingen. Wordt een beding niet verboden op basis van één van de bedingen uit artikel 74 WMC (oud art. 32 WHPC), dan kan het nog steeds verboden worden op basis van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC), dat een subsidiaire bescherming biedt aan de consument.²⁶²⁰ Met de invoering van de WMC werd de algemene toetsingsnorm ondergebracht in de lijst van definities (artikel 2 WMC). Vanuit legistiek oogpunt moet opgemerkt worden dat deze toetsingsnorm niet thuis hoort in een lijst van definities. De voorstelling van de algemene norm als een definitie geeft ook een verkeerd signaal over de rol van de rechter in de toepassing van de regeling van oneerlijke bedingen.

B. Naburige rechtstelsels

923. *Het Franse recht* – Overeenkomstig artikel 132-1 *Code de la Consommation* zijn oneerlijk “les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat”. Met de omzettingwet van 1 februari 1995 werd in het Franse recht de algemene toetsingsnorm uit de Richtlijn overgenomen. Enkel de verwijzing naar de goede trouw werd achterwege gelaten.²⁶²¹ Deze toetsingsnorm verschilt van de oude uit de wet van 1978, waar een beding als oneerlijk werd beschouwd, indien het opgelegd werd aan de consument door een misbruik van economische

²⁶¹⁷ G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 115.

²⁶¹⁸ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 144; G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 116.

²⁶¹⁹ G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 117. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 150; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 251 e.v.

²⁶²⁰ I. DEMUYNCK, “De onrechtmatige bedingen”, *AJT-Dossier 1995-1996*, (1) 3; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 806-807.

²⁶²¹ LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 427; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 253.

machtspositie en indien het aan de professionele tegenpartij een buitensporig voordeel bezorgde (*“lorsqu’elle apparaissait imposée au non-professionnel ou consommateur par un abus de la puissance économique de l’autre partie et conférait à cette dernière un avantage excessif”*).²⁶²² Verschillende auteurs benadrukken evenwel dat de verschillen tussen beide open normen niet mogen worden overdreven.²⁶²³

924. *Het Nederlandse recht* – De open norm is neergelegd in artikel 6:233, a N.B.W. Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar, indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij. Voor de vernietigbaarheid van een beding is vereist dat het beding *onredelijk bezwarend* is voor de wederpartij.²⁶²⁴

925. *Het Duitse recht* – De belangrijkste inspiratiebron voor de algemene norm uit de Richtlijn vormde het Duitse recht.²⁶²⁵ In het Duitse recht wordt opgetreden tegen standaardbedingen die, overeenkomstig §307, lid 1 AGB-Gesetz, de medecontractant in strijd met de goede trouw op onredelijke of onevenredige wijze benadelen. De Duitse inhoudscontrole vereist derhalve de vaststelling dat het beding de tegenpartij benadeelt alsook dat het gaat om een in strijd met de goede trouw onevenredige benadeling.²⁶²⁶ Het tweede lid van §307 AGB-Gesetz concretiseert de algemene toetsingsnorm.²⁶²⁷ Overeenkomstig §307, lid 2 AGB-Gesetz ligt een ongepaste of onevenredige benadeling voor, wanneer een beding (i) onverenigbaar is met de essentiële grondgedachten van de wettelijke regeling waarvan wordt afgeweken, of (ii) essentiële rechten of plichten die uit de aard van het contract voortvloeien dermate beperkt dat het bereiken van het contractdoel in gevaar is.

C. Voorlopig besluit

926. *Grote mate van overeenstemming* – Een eerste vergelijking tussen de verschillende rechtsstelsels en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen toont aan dat de gehanteerde algemene toetsingsnormen een grote mate van overeenstemming vertonen. De Nederlandse en Duitse toetsingsnormen werden wel vanuit een ander oogpunt opgesteld dan deze uit de Richtlijn, het

²⁶²² Onder de oude wet Scrivener waren twee elementen doorslaggevend, met name *“un abus de puissance économique”* en *“un avantage excessif”* (*supra*, nr. 750). Zie J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (1) 51-52; D. MAZEAUD, “La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?”, *Droit et patrimoine* 1995, (42) 42; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353.

²⁶²³ J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 212; LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 427; D. MAZEAUD, “La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette”, *Droit et patrimoine* 1995, (42) 46; G. MEILHAC, “Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 304; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353.

²⁶²⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 379; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 118; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 185; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 51; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 56.

²⁶²⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 150-151.

²⁶²⁶ W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1135; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1195.

²⁶²⁷ R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 675; B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING, *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, 339; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1146; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 418.

Belgische en het Franse recht. Waar in de Richtlijn – en in navolging ook in het Belgische en het Franse recht – de nadruk wordt gelegd op het onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten, wordt in het Nederlandse en Duitse recht veeleer het *resultaat* van het veronderstelde onevenwicht benadrukt. In die rechtsstelsels wordt immers nagegaan of het beding de medecontractant *onredelijk bezwaart* of *onevenredig benadeelt*. Aangenomen wordt dat die *onredelijke bezwaring* en *onevenredige benadeling* voortvloeien uit de inperking van bepaalde rechten of uit de oplegging van bepaalde plichten.²⁶²⁸ Derhalve leidt de verschillende concipiëring van de algemene toetsingsnorm niet tot een noemenswaardig verschil.

§2. Basiscriteria van de algemene toetsingsnorm

927. *Twee basiscriteria in de Richtlijn; één in het Belgische recht* – De algemene toetsingsnorm van de Richtlijn bevat twee basiscriteria, met name (i) een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen, d.i. het onevenwichtscriterium en (ii) het goede trouw-vereiste.²⁶²⁹ In de Belgische onrechtmatige bedingenleer, zowel in de WMC als in de WOBVB, wordt het goede trouw-vereiste niet in de algemene toetsingsnorm opgenomen. Voor dat vereiste is in de Belgische onrechtmatige bedingenleer slechts een aanvullende rol weggelegd.²⁶³⁰

A. Het onevenwichtscriterium

928. *Onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten* – De algemene toetsingsnorm uit de onrechtmatige bedingenleer gaat het onevenwicht of de verstoring na tussen *de contractuele rechten en plichten* van partijen.²⁶³¹ Het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt hierbij in beginsel buiten beschouwing gelaten.²⁶³² In het Nederlandse recht, waar nagegaan wordt of een beding *onredelijk bezwarend* is, wordt in dat opzicht ook benadrukt dat het niet moet gaan om een financiële benadeling. De benadeling kan even goed van immateriële aard zijn.²⁶³³ De rechterlijke toetsing is in ieder geval toegespitst op concrete contractuele verhoudingen, en wordt derhalve veeleer subjectief dan objectief beoordeeld.²⁶³⁴ Het onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten vereist dat er een asymmetrie aanwezig is tussen de rechten en plichten van partijen dan wel dat de rechten of de remedies van de handelaar excessief en disproportioneel zijn. Een evenwicht zou voorhanden zijn wanneer tegenover ieder risico dat bij de consument wordt gelegd, tevens een risico rust op de handelaar.²⁶³⁵

²⁶²⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 254.

²⁶²⁹ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 353.

²⁶³⁰ Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 150-154; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 168.

²⁶³¹ De criteria uit de WMC en de WOBVB zijn gelijklopend, ondanks de verschillende formulering. Beide definities hebben het over een ernstige inbreuk op het contractuele evenwicht. Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 153.

²⁶³² SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227. Zie tevens *supra*, nrs. 860.

²⁶³³ Voor Nederlands recht, zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 380; J. HJMA, *Algemene voorwaarden*, 2003, 35; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 119; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 185; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 72; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 52; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 55.

²⁶³⁴ Voor het Nederlandse recht, zie ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 378; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 119.

²⁶³⁵ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 150. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 168.

929. *Richtlijn: onduidelijkheid over graad van onevenwicht* – Niet eender welk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen zal aanleiding geven tot de onrechtmatigheid van het beding. Het onevenwicht moet *kennelijk* zijn overeenkomstig artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC) en *aanzienlijk* overeenkomstig artikel 7, §2 WOBVB.²⁶³⁶ Ook de Richtlijn vereist een *aanzienlijke* verstoring van het evenwicht, net als de naburige rechtsstelsels. De adjectieven *aanzienlijk*, *significatief*, *onredelijk* en *unangemessen* wijzen erop dat een zekere drempel moet worden overschreden, alvorens een ongunstig beding als onrechtmatig zal worden bestempeld.²⁶³⁷ Evenwel wordt opgeworpen dat het begrip *aanzienlijk* uit de Richtlijn niet eenduidig is. Houdt een *aanzienlijk* onevenwicht in dat het onevenwicht groot moet zijn dan wel dat het onevenwicht duidelijk moet zijn?²⁶³⁸

930. *Marginale toetsing* – Volgens COIPEL wijst het *kennelijk* onevenwicht uit artikel 31, §1 WHPC erop dat enkel een onevenwicht van een voldoende grootte in aanmerking zal worden genomen door de rechter.²⁶³⁹ De overige Belgische auteurs benadrukken echter dat het begrip *kennelijk* niet verwijst naar een eigenschap van het onevenwicht, maar naar de techniek van de marginale toetsing die door de rechter wordt uitgevoerd in het kader van artikel 2, 28° WMC (oud artikel 31, §1 WHPC).²⁶⁴⁰ Die toetsing houdt in dat de rechter zich terughoudend opstelt en zijn persoonlijk oordeel niet in de plaats stelt van dat van de partij wiens gedrag hij beoordeelt. Enkel wanneer de rechter vaststelt dat geen enkel redelijk en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, dergelijk beding zou hebben opgenomen, mag hij het beding als onrechtmatig bestempelen. De rechter moet nagaan welke juridische risico's er op iedere contractpartij rusten en moet die risico's afwegen. Slechts indien de balans zodanig overhelst dat het gaat om een onevenwicht van die aard dat over het onrechtmatig karakter ervan tussen redelijke mensen geen verschil van mening kan bestaan, kan besloten worden tot de aanwezigheid van een kennelijk onevenwicht.²⁶⁴¹

²⁶³⁶ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 162.

²⁶³⁷ Voor het Nederlandse recht, zie LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 52.

²⁶³⁸ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 201.

²⁶³⁹ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 162.

²⁶⁴⁰ I. BANMEYER, "La loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, les clauses exonératoires et le pouvoir du juge", *RRD* 1998, (9) 23; CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 167; L. CORNELIS, "Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen", in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (313) 332; R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 534; I. DEMUYNCK, "De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen", in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 81; I. DEMUYNCK, "De onrechtmatige bedingen", *AJT-Dossier* 1995-1996, (1) 3; E. DIRIX, "Bezwarende bedingen in verzekeringscontracten", in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (689) 693; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 302; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", *RW* 1991-1992, (562) 567; E. DIRIX en G.L. BALLON, *Factuur*, 1993, 156-157; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs", in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 30; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 133; R. STEENNOT, "Artikel 31 Handelspraktijkwet 1991", in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-12; S. STIJNS, "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, (148) 153; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, "Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 168; A. THILLY, "Les dates de valeur en droit belge", *JT* 1995, (753) 758; E. VAN DEN HAUTE, "Le règlement général des opérations de banque et les clauses abusives: vers la consécration du concept du 'consommateur responsable'?", (noot onder Luik 26 januari 2007), *BFR* 2007, (351) 352; L. VAN DEN STEEN, "Onrechtmatige bedingen in het Algemeen Reglement van een bank", (noot onder Luik 26 januari 2007), *DCCR* 2008, (95) 97; H. VAN GOMPEL, "De onrechtmatige bedingen in de WHPC: een (eerder onbekende?) uitweg voor de consument.", (noot onder Vred. Tongeren 8 april 2004), *Limb. Rechtsl.* 2004, (193) 194; P. WÉRY en G. GATHEM, "Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991", in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 20; P. WÉRY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 801. Zie ook Brussel 23 maart 1999, *DCCR* 1999, 40.

²⁶⁴¹ In dezelfde zin, R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)", *TPR* 2009, (229) 272.

In artikel 7, §2 WOBVB wordt verwezen naar een *aanzienlijk* onevenwicht, net als in de Richtlijn. Het *aanzienlijk onevenwicht* uit de WOBVB wordt beschouwd als een synoniem van een *kennelijk onevenwicht*.²⁶⁴² Beide termen wijzen erop dat er een ernstige inbreuk moet zijn op het evenwichtsprincipe. De rechterlijke beoordeling zal niet anders verlopen bij een beroep op een norm die het *kennelijk* onevenwicht dan wel de *aanzienlijke* verstoring van het onevenwicht proclameert.²⁶⁴³

931. *Cass. 21 december 2009*²⁶⁴⁴ – De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, zijn de volgende. Twee partijen sluiten een koopovereenkomst af met betrekking tot een onroerend goed. De overeenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de koper een hypothecair krediet verkrijgt binnen de zes weken na het sluiten van de onderhandse akte. Er wordt contractueel bedongen dat het voorschot 1/20^e van de verkoopprijs bedraagt. Indien de opschortende voorwaarde niet wordt vervuld en de koper geen krediet vindt, zal het voorschot definitief toekomen aan de verkoper. Het hof van beroep te Luik overweegt dat op basis van het beding het voorschot ook definitief toekomt aan de verkoper, indien de overeenkomst vervalt door een reden die niet binnen de macht van de koper ligt noch te wijten is aan zijn fout. Zo'n beding creëert volgens het hof een manifest onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen, in het bijzonder in het licht van de paragraaf die stelt dat "*le vendeur n'est tenu au remboursement de l'acompte sans dommages et intérêts que lorsque l'inexécution de la vente est imputable à son fait*". Het Hof van Cassatie bevestigt het arrest van het hof van beroep en oordeelt dat dit beding onrechtmatig is, aangezien het een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van partijen in de zin van artikel 2, 28^o WMC (oud art. 31, §1 WHPC).

B. Goede trouw-vereiste

932. *Verhouding ten aanzien van het onevenwichtscriterium* – Er is onduidelijkheid over hoe het goede trouw-vereiste uit artikel 3, lid 1 Richtlijn zich verhoudt ten aanzien van het onevenwichtscriterium.²⁶⁴⁵ Uit de bewoordingen van de Richtlijn zou men kunnen afleiden dat een beding slechts oneerlijk is, indien het *zowel* een aanzienlijk onevenwicht veroorzaakt *als* strijdig is met het goede trouw-beginsel.²⁶⁴⁶ Sommigen menen echter dat een beding dat een aanzienlijk onevenwicht creëert, steeds strijdig zal zijn met de goede trouw.²⁶⁴⁷ Andere auteurs stellen zich de vraag of beide criteria niet als alternatieve vereisten moeten worden beschouwd.²⁶⁴⁸

²⁶⁴² M. CLAVIE, "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients", in M. COIPEL en P. WERY (eds.), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 324; R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)", *TPR* 2004, (1721) 1896; R. STEENNOT, "Actuele ontwikkelingen in het consumentenrecht", in X. (ed.), *CBR Jaarboek 2003-2004*, 2004, (141) 171-172; R. STEENNOT, "Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991", in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-10; S. STIJNS, "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, (148) 152. Zie ook SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 228.

²⁶⁴³ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 252; I. DEMUYNCK, "De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen", in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 85; I. DEMUYNCK, "De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?", *RW* 1997-1998, (1313) 1333.

²⁶⁴⁴ Cass. 21 december 2009, AR 08.0499.F, www.juridat.be.

²⁶⁴⁵ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WERY, "Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 169; H. SWENNEN, "Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten", in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 83.

²⁶⁴⁶ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 150.

²⁶⁴⁷ M. TENREIRO, "The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms", *ERPL* 1995, (273) 278-279.

²⁶⁴⁸ Een beding zou dan oneerlijk zijn, indien het een aanzienlijk onevenwicht veroorzaakt of indien het in strijd is met de goede trouw. Zie SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227; G. SEPE,

933. *Inhoudelijke invulling* – Ook over de invulling van het goede trouw-vereiste in de Richtlijn bestaat onduidelijkheid.²⁶⁴⁹ De vraag rijst of het goede trouw-vereiste beperkt blijft tot de procedurele aspecten van *fair and open dealing* dan wel ook een substantiële invulling krijgt. In het eerste geval wordt aan de professionele partij opgelegd om de nodige informatie te verstrekken aan de consument over de aard en kwaliteit van de producten alsook over zijn contractuele rechten. Een beding zal dan in strijd zijn met de goede trouw, indien de handelaar op een oneerlijke manier handelt ten aanzien van de consument.²⁶⁵⁰ Gaat het goede trouw-vereiste echter verder dan de louter procedurele aspecten, dan wordt van de professionele partij ook verwacht dat hij rekening houdt met de legitieme belangen van de consument, of zelfs een vorm van contractuele solidariteit bewerkstelligt.²⁶⁵¹ Vanuit die (substantiële) invalshoek focust het goede trouw-vereiste op het al dan niet intrinsieke oneerlijke karakter van een beding. Een beding is dan oneerlijk, doordat de consument bepaalde rechten ontzegd wordt of doordat hij nadeel lijdt in vergelijking met de professionele partij. De betrokken belangen moeten globaal beoordeeld worden.²⁶⁵² Beide invalshoeken van het goede trouw-vereiste liggen vervat in overweging 16 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²⁶⁵³

934. *Overweging 16 Richtlijn Oneerlijke Bedingen*²⁶⁵⁴ – In die overweging wordt de verwijzing naar het goede trouw-vereiste in de algemene toetsingsnorm verantwoord. De beoordeling van het oneerlijke karakter van bedingen moet aangevuld worden met een middel voor de afweging van de onderscheiden belangen die in het geding zijn. Dat middel is de goede trouw.²⁶⁵⁵ Bij de beoordeling van de goede trouw dient in het bijzonder te worden gelet op (i) de min of meer sterke onderhandelingsposities van de partijen, (ii) het feit of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming te betuigen met het beding en (iii) het al dan niet specifieke karakter van de bestelling van de goederen of diensten door de consument.²⁶⁵⁶ De verkoper kan tot slot aan de eis van de goede trouw voldoen door op eerlijke

“National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 117; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 81.

²⁶⁴⁹ Zie o.m. G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 117. Zie ook E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 168.

²⁶⁵⁰ Dat blijkt *in concreto* uit het feit of de consument de mogelijkheid had om de bedingen te beïnvloeden, of hij de keuze had tussen de verschillende bedingen, en of de bedingen duidelijk, begrijpelijk en toegankelijk waren. Zie NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 82.

²⁶⁵¹ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 353.

²⁶⁵² NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149; C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 82. De substantiële invulling van het goede trouw-vereiste leunt dicht aan bij het onevenwichtscriterium (NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 149-150).

²⁶⁵³ C. TWIGG-FLESNER, *The europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 82. Zie ook E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 169-170.

²⁶⁵⁴ Deze overweging uit de Richtlijn is allerminst een toonbeeld van duidelijkheid. Zie in dit verband M. TENREIRO, “The Community Directive in Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 278.

²⁶⁵⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 155; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 84; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1330; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 39.

²⁶⁵⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 155; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 84; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1330; M. FLAMÉE en K. TROCH, “De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht”, *TBH* 1996, (28) 39.

en billijke wijze te onderhandelen met de andere partij, waarvan hij de legitieme belangen in aanmerking dient te nemen.

935. *Inspiratie uit het Duitse recht* – De Duitse algemene voorwaardenleer benadrukte van oudsher het goede trouw-vereiste.²⁶⁵⁷ §307 AGB-Gesetz beschouwt als onrechtmatig het beding dat de medecontractant van de gebruiker in strijd met de goede trouw onevenredig of onrechtmatig benadeelt. De open norm wordt er beschouwd als een uitwerking van de goede trouw.²⁶⁵⁸ De Duitse rechtsleer deelt zich omtrent de verhouding tussen beide basiscriteria op in twee strekkingen. Volgens sommige auteurs is een beding dat de zwakkere partij benadeelt in strijd met het goede trouw-vereiste, sowieso onevenredig. De ongepaste benadeling ligt er besloten in het goede trouw-vereiste. Andere auteurs benadrukken veeleer de wisselwerking tussen beide criteria: de goede trouw vereist dat het onevenwicht aanzienlijk is, opdat het in aanmerking kan worden genomen.²⁶⁵⁹

936. *Aanvullende rol in het Belgische recht* – In het Belgische recht is de goede trouw niet als (tweede) basis criterium in de open norm opgenomen. De Belgische rechtsleer valt deze keuze bij. Zo wordt opgemerkt dat het goede trouw-vereiste vervat ligt in artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, § 3 WHPC). Ook wordt aangehaald dat de bewijslast van de consument aanzienlijk zou verzwaren, indien de consument – naast een kennelijk onevenwicht tussen de contractuele rechten en plichten – ook zou moeten bewijzen dat het beding strijdig is met de goede trouw. Tot slot zou ook de rechtszekerheid worden aangetast door een verwijzing naar het goede trouw-vereiste.²⁶⁶⁰

De afwezigheid van het (objectieve) goede trouw-vereiste in de WMC en de WOBVB lijkt inderdaad niet problematisch te zijn. Wanneer een beding het evenwicht tussen de rechten en plichten van partijen aanzienlijk verstoort, dan heeft de begunstigde partij bij de opname van het beding in de overeenkomst wellicht gehandeld in strijd met de goede trouw.²⁶⁶¹ De omstandigheden rond de contractsluiting zullen door de rechter in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de inhoudelijke onrechtmatigheid, dit overeenkomstig artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3 WHPC). Een met de goede trouw onverenigbare precontractuele gedraging van een contractpartij vormt zo'n omstandigheid. In die zin is voor de goede trouw een aanvullende rol weggelegd in de Belgische onrechtmatige bedingenleer.²⁶⁶²

²⁶⁵⁷ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 228.

²⁶⁵⁸ I. DEMUYNCK, "De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?", *RW* 1997-1998, (1313) 1332. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 151.

²⁶⁵⁹ G. SEPE, "National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13", *CLJ* 1997, (115) 117.

²⁶⁶⁰ R. STEENNOT, "Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991", in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-10; S. STIJNS, "De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998", *TBH* 2000, (148) 152-153. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 151 en 154.

²⁶⁶¹ I. DEMUYNCK, "De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?", *RW* 1997-1998, (1313) 1331. In het Frans recht, zie G. MEILHAC, "Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 304; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 353; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 229. Zie op impliciete wijze, J. CALAIS-AULOY, "Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation", in S. GRUNDMANN en D. MAZEAUD (eds.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, 2006, (189) 191. In dezelfde zin, D. MAZEAUD, "La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette", *Droit et patrimoine* 1995, (42) 47.

²⁶⁶² E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, "Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 170.

C. Invulling door het Hof van Justitie

937. *Belang* – De algemene toetsingsnorm mag dan wel geïnspireerd zijn op de nationale (voornamelijk de Duitse) wetgevingen, toch moet de autonomie van het Europese recht benadrukt worden. Zo moet de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn op Europees niveau geïnterpreteerd worden, teneinde op dezelfde wijze te worden toegepast in de verschillende lidstaten. Het open karakter van de basiscriteria en de vage bewoordingen uit de Richtlijn vergroten de rol van het Hof van Justitie inzake de verdere invulling van de algemene toetsingsnorm.²⁶⁶³

938. *Voorzichtige start van het Hof van Justitie* – Met het *Océano Grupo*-arrest²⁶⁶⁴ heeft het Hof een eerste voorzichtige stap gezet inzake de invulling van de algemene toetsingsnorm.²⁶⁶⁵ Het Hof oordeelde dat een forumkeuzebeding waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd wordt verklaard, als oneerlijk moet worden beschouwd in het licht van artikel 3 Richtlijn. Naast het belang dat het Hof hecht aan de bijlage bij de Richtlijn, lijkt ook het onevenwicht tussen de juridische positie van de consument en die van de professionele verkoper doorslaggevend bij de beoordeling van het oneerlijke karakter.²⁶⁶⁶

In het arrest *Commissie versus Zweden* ging het Hof dieper in op de aard van de bijlage bij de Richtlijn. Het Hof benadrukt dat de bijlage een indicatieve en niet-uitputtende lijst van bedingen bevat die als oneerlijk kunnen worden beschouwd. Het Hof oordeelt verder als volgt: “*Het staat vast dat een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk kan worden bevonden. Nu de lijst ... geen beperking aanbrengt in de vrijheid van de nationale autoriteiten bij de beoordeling of een beding oneerlijk is, wordt daarmee niet beoogd de consumenten verdergaande rechten toe te kennen dan uit de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn voortvloeien.*”²⁶⁶⁷

939. *Rem op verdere invulling van algemene toetsingsnorm* – Met het *Freiburger Kommunalbauten*-arrest zette het Hof van Justitie evenwel de rem op een (verhoopte) verdere

²⁶⁶³ G. SEPE, “National models of European contract law: a comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13”, *CLJ* 1997, (115) 118. Zie ook I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1332.

²⁶⁶⁴ HvJ C-240/98 tot C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.* 2000, I, 04941.

²⁶⁶⁵ Het Hof overwoog er als volgt: “*Een beding als dat waarom (sic) het in de hoofdgedingen gaat, voldoet, ..., aan alle criteria om op grond van de richtlijn als oneerlijk te kunnen worden beschouwd. Een dergelijk beding, dat de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bevoegd verklaart voor de beslechting van alle uit de overeenkomst voortvloeiende geschillen, houdt voor de consument de verplichting in, zich te onderwerpen aan de uitsluitende bevoegdheid van een rechterlijke instantie die mogelijk ver van zijn woonplaats verwijderd is, waardoor het voor hem lastiger kan worden om voor de rechter te verschijnen. In geschillen over kleine geldsommen zouden de met de comparitie (sic) gemoeide kosten afschrikkend kunnen werken voor de consument en hem ervan kunnen weerhouden, een rechtsvordering in te stellen of ook maar verweer te voeren. Een dergelijk beding behoort derhalve tot de in punt 1, sub q, van de bijlage bij de richtlijn bedoelde categorie van bedingen (...). Daarentegen biedt dit beding de verkoper de mogelijkheid, alle met zijn beroepswerkzaamheden verband houdende geschillen te concentreren bij de rechter van zijn plaats van vestiging, waardoor het hem gemakkelijker valt zijn comparitie te regelen en deze minder kosten voor hem meebrengt.*”. Zie HvJ C-240/98 tot C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.* 2000, I, 04941, overwegingen 21-23.

²⁶⁶⁶ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 353-354.

²⁶⁶⁷ HvJ C-478/99 *Commissie v. Zweden*, *Jur.* 2002, I, 04147, overwegingen 20-21. Zie ook R. DAMMINGA, “De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 2007, (179) 188.

interpretatie van de algemene toetsingsnorm.²⁶⁶⁸ Het Hof merkt in dat arrest op dat – in de context van artikel 4 Richtlijn – ook de mogelijke gevolgen van het beding in het kader van het toepasselijke recht, moeten worden beoordeeld. Dat impliceert een onderzoek van het nationale rechtsstelsel. Daaruit besluit het Hof dat het “*in het kader van de hem bij artikel 234 EG toebedeelde bevoegdheid tot uitlegging van het gemeenschapsrecht de algemene door de gemeenschapswetgever gebruikte criteria kan uitleggen teneinde het begrip oneerlijk beding te definiëren. Het kan zich echter niet uitspreken over de toepassing van die algemene criteria op een specifiek beding dat moet worden onderzocht in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval.*”²⁶⁶⁹ Bijgevolg benadrukt het Hof dat de beoordeling van het (on)rechtmatige karakter van een specifiek beding toebehoort aan de nationale hoven en rechtbanken.²⁶⁷⁰ Het Hof herhaalde die zienswijze in het arrest *Mostaza Claro* en het arrest *Pannon*.²⁶⁷¹

Dat het Hof in het *Océano Grupo*-arrest wel een specifiek beding als oneerlijk beoordeelde, verklaart het Hof doordat het kwestieuze beding uitsluitend tot voordeel van de verkoper strekte en geen tegenprestatie voor de consument inhield. Daardoor werd sowieso afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid van de rechterlijke bescherming van de door de Richtlijn aan de consument toegekende rechten. Derhalve was het mogelijk om het oneerlijke karakter van dat beding vast te stellen zonder de omstandigheden rond de contractsluiting te moeten onderzoeken, en zonder dat de voor- en nadelen die in het betrokken nationale recht aan dit beding verbonden waren, dienden te worden onderzocht.²⁶⁷²

§3. Rechterlijke beoordeling op basis van de algemene toetsingsnorm

940. *Situering* – Na de bestudering van de basiscriteria uit de algemene toetsingsnorm staan we kort stil bij de concrete beoordeling door de rechter van het onrechtmatig karakter van een beding. Er werd reeds op gewezen dat die beoordeling een marginale toetsing is. Gelet op de ruime appreciatiebevoegdheid waarover de rechter op basis van de algemene toetsingsnorm beschikt, vormen de bijkomende beoordelingscriteria uit de Richtlijn een onontbeerlijk richtsnoer voor de rechter. Daardoor wordt ook gezorgd voor een gelijkaardige aanpak van de oneerlijkebeoordeling doorheen de verschillende lidstaten.²⁶⁷³ Die criteria worden hierna als eerste besproken. Vervolgens staan we nog stil bij enkele bijkomende beoordelingsrichtlijnen, deels afkomstig uit naburige landen, deels gesuggereerd door de rechtsleer.

²⁶⁶⁸ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 354-355. In dezelfde zin, J. STUYCK en E. TERRY, “Le droit européen de la consommation. Développements récents”, *JTDE*, 2007, (257) 263.

²⁶⁶⁹ HvJ C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, *Jur.* 2004, I, 03403, overweging 22.

²⁶⁷⁰ S.R. DAMMINGA, “De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 2007, (179) 187; M.B.M. LOOS, “Herziening van het Europese consumentenrecht, deel II”, *NTER* 2008, (74) 75; J. STUYCK, “Politique européenne de la consommation” in X. (ed.), *Jurisclasseur Europe Traité* 2008, (1) 18; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 82-83.

²⁶⁷¹ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, *Jur.* 2006, I, 10421; HvJ C-243/08, *Pannon*, voorlopig enkel te consulteren op www.curia.be. Zie ook J. STUYCK en E. TERRY, “Le droit européen de la consommation. Développements récents”, *JTDE*, 2007, (257) 263.

²⁶⁷² J. STUYCK, “Politique européenne de la consommation” in X. (ed.), *Jurisclasseur Europe Traité* 2008, (1) 18.

²⁶⁷³ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237. Zie ook E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 170-171.

A. Contextuele beoordelingscriteria uit de Richtlijn

1. Algemene kenmerken

941. *Drie beoordelingscriteria* – In artikel 4, lid 1 Richtlijn worden drie beoordelingscriteria vooropgesteld, met name (i) de aard van de goederen of diensten, (ii) de omstandigheden rond de contractsluiting, (iii) de andere contractuele bedingen en de bedingen van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is.²⁶⁷⁴ Die beoordelingscriteria werden overgenomen in de Belgische WMC (oude WHPC) en WOBVB.²⁶⁷⁵ Daarnaast verwijst overweging 16 Richtlijn nog naar bijkomende elementen die door de rechter in rekening moeten worden gebracht: (i) de min of meer sterke onderhandelingsposities van de partijen, (ii) het feit of de consument op enigerlei wijze ertoe is aangezet zijn instemming te betuigen met het beding en (iii) het al dan niet specifieke karakter van de bestelling van de goederen of diensten door de consument.

942. *Beoordelingsmoment* – Het oneerlijke karakter van een beding wordt beoordeeld op het tijdstip van de contractsluiting.²⁶⁷⁶ De rechter plaatst zich bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een beding op het ogenblik van de contractsluiting. Met later intredende omstandigheden wordt geen rekening gehouden. Zo zal een beding dat onrechtmatig was op het ogenblik van de contractsluiting, door de rechter als onrechtmatig worden beschouwd, ook al verdween het nadeel voor de consument naderhand door een wijziging van omstandigheden.²⁶⁷⁷

Ook de nationale rechtsstelsels bepalen eensgezind dat de rechter zich bij de beoordeling van de onrechtmatigheid dient te plaatsen op het ogenblik van de contractsluiting.²⁶⁷⁸ Wel kan de rechter bij zijn beoordeling beïnvloed worden door de wijze waarop het contract uitgevoerd werd.²⁶⁷⁹

²⁶⁷⁴ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 237-238. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 156.

²⁶⁷⁵ Art. 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3, lid 1 WHPC) en art. 8, lid 1 WOBVB. Ook de *Franse Code de la Consommation* neemt deze beoordelingscriteria over, zonder evenwel expliciet te verwijzen naar de aard van de goederen of diensten (Art. 132-1, lid 5 Code de la Consommation). In het *Nederlandse* recht worden deze beoordelingscriteria onder de noemer *omstandigheden* geplaatst. Als voorbeelden van omstandigheden die van betekenis kunnen zijn, wordt in art. 6:233, a N.B.W. verwezen naar (i) de aard van de overeenkomst, (ii) de overige inhoud van de overeenkomst, (iii) de wijze waarop de voorwaarden zijn totstandgekomen, (iv) de wederzijds kenbare belangen van partijen en (v) de overige omstandigheden van het geval. In het *Duitse* recht zijn deze beoordelingscriteria niet in de wettekst zelf opgenomen. §307, lid 2 BGB verwijst wel naar het suppletieve recht als referentienorm. Ook gaat men na of de wezenlijke rechten en plichten die uit de aard van de overeenkomst voortvloeien zo beperkt worden, dat het bereiken van het doel van de overeenkomst in gevaar komt.

²⁶⁷⁶ N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2003, 513.

²⁶⁷⁷ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 238.

²⁶⁷⁸ Voor het *Belgische* recht, zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 300; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 86; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1334. Aangaande het *Nederlandse* recht, zie R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 127; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJCKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 72-73. Aangaande het *Duitse* recht, zie B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING, *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, 341; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 415.

²⁶⁷⁹ Men kan de rechter immers niet verplichten abstractie te maken van de wijze waarop de overeenkomst werd uitgevoerd. Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 157; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 86; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1334; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre

943. *Geen exhaustieve lijst* – De (wettelijke) beoordelingscriteria zijn niet exhaustief. Ook andere omstandigheden of andere beoordelingscriteria die een invloed hebben op de rechtmatigheid van een beding, kunnen in aanmerking worden genomen.²⁶⁸⁰

2. Omstandigheden rond de contractsluiting

944. *Concrete en persoonlijke beoordeling* – Dat bij de rechtmatigheidstoets rekening wordt gehouden met de omstandigheden rond de contractsluiting, maakt duidelijk dat de toetsing concreet en persoonlijk is.²⁶⁸¹ De rechter zal het beding *in concreto* moeten beoordelen, rekening houdend met de omstandigheden die voor de *betrokken* partijen relevant zijn.²⁶⁸² Het zijn in ieder geval de concrete, persoonlijke omstandigheden van het geschil die in rekening moeten worden gebracht.²⁶⁸³

945. *Positie van de partijen bij de contractsluiting* – Bij de omstandigheden rond de contractsluiting staat de positie van de contractpartijen centraal. De rechter zal rekening houden met de onderhandelingspositie van de consument (in het bijzonder zijn kennis, ervaring of vertrouwde met het product), met de machtspositie van de onderneming, met het opgelegde of onderhandelde karakter van bedingen alsook met de snelheid van de contractsluiting.²⁶⁸⁴

DEMUYNCK deelt de omstandigheden rond de contractsluiting op in drie categorieën: (i) de persoonlijke eigenschappen van de medecontractant, (ii) de bijzonderheden van de totstandkoming van het contract, en (iii) het bijzondere van het contract zelf voor de partijen. De eerste categorie verwijst naar de eigenschappen die de onderhandelingspositie van de consument positief of negatief

les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 31; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-13; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 171. Ook TENREIRO en KARSTEN vragen zich af of wijzigende omstandigheden die een contractueel beding na de contractsluiting onrechtmatig maken, door de rechter toch niet in rekening kunnen worden gebracht. De auteurs menen dat dat zeker zo is wanneer de mogelijkheid van onrechtmatigheid reeds voorzienbaar was op het ogenblik van de contractsluiting. In dat geval was de onrechtmatigheid van het beding reeds in de kiem aanwezig op het ogenblik van de contractsluiting. Waren die omstandigheden evenwel niet voorzienbaar op het ogenblik van de contractsluiting, dan kan er door de rechter moeilijker rekening mee worden gehouden (M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 238).

²⁶⁸⁰ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 238. Zie *infra*, nrs. 954-965.

²⁶⁸¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 300.

²⁶⁸² PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 255-256. Over de (abstracte) beoordeling in geval van een collectieve vordering, zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 157-159. Zie bv. Gent 4 december 2006, *Jaarboek Handelspraktijken*, 2006, 253, noot R. STEENNOT; Brussel 1 juni 2004, *JLMB* 2005, 1491, noot M.P. NOËL, beiden aangehaald door R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, (229) 273-274.

²⁶⁸³ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 85-86; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1334.

²⁶⁸⁴ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 86; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 31; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 134; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-13; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154; P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 802. Voor het Frans recht, zie G. MEILHAC, “Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 304-305.

beïnvloeden (bv. zijn ervaring, afhankelijkheid van de te leveren prestatie). De tweede categorie betreft de wijze waarop de overeenkomst is tot stand gekomen en de door de onderneming gehanteerde technieken. De derde categorie wijst tenslotte op het in acht te nemen belang dat het specifieke contract heeft en op het doel dat ermee beoogd wordt, ten minste indien dat belang en doel kenbaar werd gemaakt.²⁶⁸⁵

946. *Vergelijking met het Nederlandse recht* – In het Nederlandse recht wordt bij de beoordeling van het onredelijk bezwarend karakter belang gehecht aan “de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen”. Daarbij zal o.m. van belang zijn of de algemene voorwaarden eenzijdig werden opgesteld, dan wel in overleg met een organisatie die de belangen van de potentiële wederpartijen behartigt, dan wel of tussen gebruiker en wederpartij over de inhoud onderhandeld werd.²⁶⁸⁶

“De wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen” is beperkter dan de “omstandigheden bij de contractsluiting”. De omstandigheden van de contractsluiting die niet onder dit Nederlandse beoordelingscriterium worden ondergebracht, vallen onder de residuaire Nederlandse categorie van *de overige omstandigheden*, bv. de hoedanigheid van partijen (d.i. hun maatschappelijke en economische positie en hun deskundigheid) en hun onderlinge verhouding, de wijze waarop het beding in de overeenkomst is opgenomen, de mate waarin de wederpartij zich van (de strekking van) het beding bewust was of had moeten zijn en de algemene belangen.²⁶⁸⁷ Ook het misbruik van machtspositie wordt genoemd als overige omstandigheid waarmee bij de beoordeling van het onredelijk bezwarend karakter rekening kan worden gehouden.²⁶⁸⁸

3. De andere contractuele bedingen

947. *Globale beoordeling* – De rechter houdt bij de beoordeling van de (on)rechtmatigheid van een beding ook rekening met de andere contractuele bedingen alsook met bedingen uit andere overeenkomsten waarvan de betrokken overeenkomst afhankelijk is. De beoordeling van een beding staat derhalve niet op zichzelf. Het geheel van de contractuele afspraken wordt hierbij in aanmerking genomen.²⁶⁸⁹ Die globale beoordeling blijkt ook uit de definitie van een onrechtmatig beding in artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC).

948. *Invloed van andere contractuele bedingen* – De draagwijdte van een beding wordt vaak mee bepaald door de andere bedingen van de overeenkomst. Zo kan een beding op zichzelf beschouwd wel rechtmatig zijn, maar in onderlinge combinatie met andere bedingen duidelijk oneerlijk.²⁶⁹⁰ Hierbij

²⁶⁸⁵ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 300-301.

²⁶⁸⁶ J. HIJMA, *Algemene voorwaarden*, 2003, 38; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 129; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 203; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 76; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 62 e.v.; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 58.

²⁶⁸⁷ J. HIJMA, *Algemene voorwaarden*, 2003, 38; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 130-132; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 68-69. Zie ook M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 72 en 77; M.A.L. VERHOEVEN, *Algemene voorwaarden getoetst*, 1989, 59.

²⁶⁸⁸ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 206.

²⁶⁸⁹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 303-304; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 134. Zie ook naar Duits recht, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1136; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 416; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1196.

²⁶⁹⁰ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 32; S. STIJNS, “De leer der

kan gedacht worden aan een combinatie van exoneratieclausules. Ook kan een beding sneller als onrechtmatig worden beschouwd, indien de onderneming zichzelf rechten voorbehoudt waarover de consument niet beschikt, of indien een beding in hoofde van de consument plichten creëert die niet op de onderneming rusten.²⁶⁹¹

Omgekeerd rijst de vraag of een beding dat onrechtmatig lijkt, toch als rechtmatig kan worden beschouwd wanneer het gecombineerd wordt met een ander (rechtmatig) beding, zoals een prijsverhogingsbeding gekoppeld aan een opzeggingsmogelijkheid.²⁶⁹² In geen geval kan een onrechtmatig beding zijn onrechtmatig karakter verliezen, enkel en alleen omdat een ander beding uit de overeenkomst gunstig is voor de consument. Tussen beide bedingen moet een samenhang bestaan.²⁶⁹³ Zo kan een beding aangaande een opzegvergoeding in geval van verzaking door de koper aan de bestelling, niet beoordeeld worden in samenlezing met een clausule die de laattijdige betaling door de koper regelt, aangezien die situatie een uitvoering van de overeenkomst betreft, en niet een verzaking eraan. Clausules over de leveringstermijn kunnen wel in samenhang gelezen en beoordeeld worden met een opzegbeding.²⁶⁹⁴

949. *Gelijkwaardigheid en wederkerigheid van bedingen* – Een globale beoordeling van de contractuele bedingen houdt o.m. in dat de gelijkwaardigheid en wederkerigheid van bedingen (bv. schade- of opzegbedingen), nagegaan wordt. Zo moeten bij de beoordeling van een schadebeding de andere schadebedingen mee in rekening worden gebracht. De cumulatieve toepassing van die bedingen mag er immers niet toe leiden dat dezelfde schade tweemaal vergoed wordt. Ook moet nagegaan worden of die bedingen in het voordeel van beide contractpartijen opgenomen zijn. Een positief antwoord op die vraag is echter nog geen garantie voor de rechtmatigheid van het beding.²⁶⁹⁵

950. *Prijsargument* – Voorzichtigheid is in het bijzonder geboden bij het prijsargument.²⁶⁹⁶ Door toepassing van het prijsargument zou een onredelijk beding als rechtmatig kunnen worden beschouwd omwille van een lage prijs. Ruime exoneratiebedingen zouden zo aanvaardbaar zijn, omdat een (zeer)

onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154. Zie ook in het Duitse recht, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1136; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 416; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1196.

²⁶⁹¹ R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 135; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-13. Naar Nederlands recht, zie R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 128; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 75; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 61. Voor het Duitse recht, zie H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1196. Zie in dezelfde zin, SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227.

²⁶⁹² I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 86; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 32.

²⁶⁹³ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 160; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 303-304; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 86; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 32. In het Nederlandse recht, zie H.J. BAKKER en R.H.C. JONGENEEL, “Een rechtlijnige richtlijn. Het Voorstel voor een richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1992, (4) 14-15; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 202; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 61. Naar Duits recht, zie PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 416; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1196.

²⁶⁹⁴ Zie bv. Vred. Marche-en-Famenne 6 maart 2001, *JLMB* 2001, 1183; Vred. Herstal 31 maart 1995, *T. Vred.* 1998, 378. Zie ook G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 32.

²⁶⁹⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 160.

²⁶⁹⁶ Zie ook uitgebreider *infra*, nrs. 1075-1082.

lage prijs werd afgesproken.²⁶⁹⁷ Onmiddellijk wordt duidelijk dat de toepassing van het prijsargument inhoudt dat het kernbeding bij uitstek, met name de prijs, mee in overweging wordt genomen bij de beoordeling van de andere clausules.

951. *Invloed van bedingen uit samenhangende overeenkomst* – Ook de contractuele bedingen uit een andere overeenkomst waarvan de kwestieuze overeenkomst afhangt, zullen door de rechter bij de toetsing worden betrokken. Het afhankelijkheidsvereiste dient wel strikt te worden geïnterpreteerd. Loutere samenhang volstaat niet.²⁶⁹⁸ Ter illustratie kan verwezen worden naar de borgtochtovereenkomst en de kredietovereenkomst. Ter beoordeling van een beding uit de borgtocht kan rekening worden gehouden met de bedingen uit de kredietovereenkomst.²⁶⁹⁹

4. Aard van de producten

952. *Eigen kenmerken in een bepaalde markt* – Ieder product situeert zich in een bepaalde markt en heeft eigen kenmerken. Een beding moet ook beoordeeld worden, rekening houdend met de eigenheid van het product in die welbepaalde markt.²⁷⁰⁰ Wat in de ene overeenkomst onrechtmatig is, is dat niet noodzakelijk in de andere. Zo zal het bijvoorbeeld afhangen van de aard van de overeenkomst, of een exonerationclausule betrekking heeft op het hoofdvoorwerp van de overeenkomst.²⁷⁰¹ Uit het voorwerp van de overeenkomst zal men haar aard en haar kenmerkende verbintenissen afleiden, wat een onmiskenbaar hulpmiddel vormt om de evenwichtsverhouding tussen de bedingen in te schatten.²⁷⁰² Naast het type product moet ook zeker de marktstructuur in aanmerking worden genomen.²⁷⁰³

953. *Duitse en Nederlandse recht* – Ook in het Duitse recht wordt rekening gehouden met de aard van de overeenkomst. In §307, lid 2 BGB wordt een dubbel vermoeden van een onevenredige benadeling opgenomen. Zo zal er bij twijfel sprake zijn van een onevenredige benadeling van de wederpartij, wanneer een beding (i) onverenigbaar is met de wezenlijke grondbeginselen van de opzijgezette wettelijke regeling of (ii) de wezenlijke rechten en plichten die uit de aard van de overeenkomst voortvloeien zo beperkt dat het met de overeenkomst te bereiken doel in gevaar wordt gebracht. In het eerste vermoeden wordt het suppletieve recht als beoordelingscriterium naar voor geschoven.²⁷⁰⁴ Het tweede vermoeden veruitwendigt het uithollingsverbod en betreft de aard van de overeenkomst bij de onrechtmatigheidsbeoordeling van een beding.

²⁶⁹⁷ PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 256.

²⁶⁹⁸ R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 135; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-14; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154.

²⁶⁹⁹ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 31; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 135; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-14; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154; P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 802. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 162.

²⁷⁰⁰ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 162.

²⁷⁰¹ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 31. Over het belang van dit beoordelingscriterium bij de toetsing van exonerationbedingen, zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 308. Voor een uitgebreide duiding aan de hand van voorbeelden, zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 162-167.

²⁷⁰² S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 154.

²⁷⁰³ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 31. Zie bv. Vred. Antwerpen 8 augustus 1995, *DCCR* 1996, 47, noot A. THILLY.

²⁷⁰⁴ Zie ook *infra*, nrs. 958-960.

In het Nederlandse recht verwijst men met *aard van de overeenkomst* in het bijzonder naar de kwalificatie van de overeenkomst alsook naar de vraag of de overeenkomst al dan niet een duurovereenkomst betreft.²⁷⁰⁵

B. Andere beoordelingsrichtlijnen

954. *Algemeen* – De WMC en de WOBVB vermelden geen andere beoordelingscriteria. Nochtans is de lijst van wettelijke beoordelingscriteria geen exhaustieve lijst. Zo hanteert het Nederlandse recht de residuaire categorie van *de overige omstandigheden* en werden in de Duitse rechtspraak eigen beoordelingsregels ontwikkeld. Andere elementen kunnen dus door de rechter in zijn onrechtmatigheidstoets betrokken worden. Geïnspireerd door de naburige rechtssystemen en door de suggesties uit de doctrine, bespreken we hierna kort enkele bijkomende beoordelingsrichtlijnen of beoordelingsmethoden.

955. *Wederzijds kenbare belangen* – In artikel 6:233, a N.B.W. worden *de wederzijds kenbare belangen van partijen* als bijkomend beoordelingscriterium vooropgesteld. Met *kenbare belangen* wordt bedoeld op de *normale* belangen die de gemiddelde wederpartij heeft.²⁷⁰⁶ Als belangen van de wederpartij kunnen o.m. worden aangemerkt een zo gunstig mogelijke prijs-kwaliteitsverhouding, het behoud van wettelijke rechten, de snelle afwikkeling van de overeenkomst en een goede behandeling van klachten. Belangen van de gebruiker zijn o.m. de rentabiliteit van de overeenkomst, de zekerheid van betaling door de wederpartij, de bescherming van de concurrentiepositie en de beheersing en beperking van risico's.²⁷⁰⁷

956. *Legitieme verwachtingen* – De wederzijds kenbare belangen hangen samen met een ander criterium voor de onrechtmatigheidstoets, met name de legitieme verwachtingen van de consument.²⁷⁰⁸ Welke rechten en plichten mag de consument verwachten in een bepaald contract? Welke zijn zijn rechtmatige verwachtingen, al dan niet opgewekt door de professionele partij?²⁷⁰⁹ Het onredelijke karakter van een beding kan geheel of gedeeltelijk gelegen zijn in de omstandigheid dat de wederpartij het beding niet verwachtte. In het Duitse recht spreekt men in dat verband van verrassende bedingen. Daar waar in het Duitse recht de bedingen werden ondergebracht in een afzonderlijke bepaling, worden die bedingen in het Nederlandse recht beoordeeld aan de hand van de open norm.²⁷¹⁰

957. *Zwarte en grijze lijsten* – Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van de Richtlijn werd de vrees geuit dat het begrip *oneerlijkheid* uit de algemene toetsingsnorm onvoldoende accuraat en

²⁷⁰⁵ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 127; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 201-202; M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 74-75; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 60. Voor een uitgebreider overzicht, zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 307-309.

²⁷⁰⁶ LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 65.

²⁷⁰⁷ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 130-131; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 65-66.

²⁷⁰⁸ Hierboven werd reeds aangegeven dat dit criterium tijdens de voorbereidende werken lang één van de opgesomde criteria in de open norm was. Zie *supra*, nr. 920.

²⁷⁰⁹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 203 e.v. Aangaande het beginsel van legitieme verwachtingen, zie ook G. HOWELLS en T. WILHELMSSON, “EC Consumer Law: Has it come of age?”, *E.L.Rev.* 2003, (370) 384-385.

²⁷¹⁰ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 123. Zie aangaande verrassende of ongebruikelijke bedingen ook M. FONTAINE, “Les Principes d’Unidroit et la protection de la partie faible”, in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, 2007, (183) 185

precies zou zijn om op een uniforme wijze te worden toegepast doorheen de verschillende lidstaten. Derhalve werd een indicatieve lijst van bedingen toegevoegd om de notie *oneerlijk beding* gedetailleerder en praktischer uit te werken.²⁷¹¹

Bij de onrechtmatigheidstoets op basis van de open norm kan de lijst van bedingen een richtsnoer vormen. Bedingen die niet volledig overeenstemmen met één van de bedingen uit de zwarte lijst, maar toch een gelijkaardig effect hebben, kunnen zo op basis van de algemene norm als onrechtmatig beschouwd worden.²⁷¹² De algemene toetsingsnorm vult de zwarte en grijze lijsten van onrechtmatige bedingen aan. Logischerwijze vervullen die lijsten dan ook een voorbeeldfunctie bij de toepassing van de open norm. Twee thema's waar die interpretatie aan de hand van de lijst reeds toegepast werd, zijn, enerzijds, de eenzijdige beslissingsmacht in hoofde van de onderneming en, anderzijds, de beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid.²⁷¹³

958. *Het suppletieve recht als (exclusieve) toetssteen* – Vóór de Belgische wetwijziging van 1998 oordeelden sommige auteurs dat de rechter bij de beoordeling van het kennelijk onevenwicht uit artikel 31, §1 WHPC (nu art. 2, 28° WMC) het beding diende te vergelijken met het suppletieve recht. Vervolgens kon de rechter nagaan of de situatie van de consument door de werking van het beding onredelijk verslechterde.²⁷¹⁴ Die stelling werd evenwel reeds vóór de wetwijziging van 1998 bekritiseerd.²⁷¹⁵ In artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3 WHPC) worden nu evenwel een aantal hulpmiddelen opgesomd ter beoordeling van de onrechtmatigheid van een beding. Derhalve kan er van een exclusieve beoordeling van een beding aan de hand van het suppletieve recht geen sprake meer zijn.²⁷¹⁶ De vergelijking met het suppletieve recht wordt wel gehanteerd als beoordelingscriterium, zij

²⁷¹¹ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 144. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 152.

²⁷¹² CAMBIE noemt dat “de interpretatie aan de hand van de lijst”. Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 170-171.

²⁷¹³ C. WILLETT, “Can Disallowance of Unfair Contract Terms Be Regarded as a Redistribution of Power in Favour of Consumers?”, *JCP* 1994, (471) 472-473; C. WILLETT, “Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts”, *CLJ* 1994, (114) 119-120. Voor een uitgebreid overzicht van voorbeelden, zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 171-196.

²⁷¹⁴ G.L. BALLON, “Exoneratieclausules in de relatie leverancier-consument”, in J. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (33) 45; E. DIRIX, “Bezwarende bedingen in verzekeringscontracten”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (689) 693; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, 1992, (289) 302; E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, (562) 567; M. FLAMÉE, “Algemene bepalingen betreffende de verkopen van produkten en diensten aan de consument”, in X. (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (77) 95; H. VAN GOMPEL, “De onrechtmatige bedingen in de WHPC: een (eerder onbekende?) uitweg voor de consument.”, (noot onder Vred. Tongeren 8 april 2004), *Limb. Rechtsl.* 2004, (193) 194; H. VAN GOMPEL, “Over de toepassing van artikelen 31-32 W.H.P.”, (noot onder Vred. Antwerpen 27 juli 1994), *TBH* 1995, (327) 334. Zie in dit verband ook Bergen 29 maart 1999, *TBBR* 2001, 76, noot R. STEENNOT; Brussel 23 maart 1999, *TBH* 2001, noot H. COUSY; *DCCR* 1999, 40, noot G. STRAETMANS.

²⁷¹⁵ E. BALATE, “Le controle des clauses abusives: premier bilan”, *DCCR* 1997, (321) 353; C. VAN ACKER, “De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en de financiële diensten”, in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, 1996, (491) 547; L. CORNELIS, “Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (313) 331. Zo werd o.m. opgeworpen dat het suppletieve recht hierdoor als het ware een dwingend karakter krijgt. Tevens werd gewezen op de nieuwe constructies en technieken die contractueel afgesproken worden, waarvoor geen suppletief recht voorhanden is. Zie I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 83; I. DEMUYNCK, “De onrechtmatige bedingen”, *AJT-Dossier* 1995-1996, (1) 3; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-17. Zie *supra*, nr. 868.

²⁷¹⁶ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 84; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 135-136; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, (229) 274; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 533. In bevestigende zin, CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 168, voetnoot 770.

het in samenspel met de andere beoordelingscriteria die in de wet worden opgesomd.²⁷¹⁷ Het onevenwicht kan immers niet beoordeeld worden zonder rekening te houden met de omringende juridische context.²⁷¹⁸

959. *Toepassing in de Belgische rechtspraak* – In de rechtspraak wordt af en toe een beroep gedaan op een vergelijking met het suppletieve contractenrecht ter beoordeling van de rechtmatigheid van een beding. Zo oordeelde het hof van beroep te Bergen in een zaak betreffende de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht dat een exoneratiebeding, dat de verificatieplicht van de bank beperkt tot de controle van de handtekening en de bank ontslaat van de controle van de regelmatigheid van de overschrijvingsopdracht in haar geheel, een kennelijk onevenwicht creëert in de zin van artikel 31, §1 WHPC (nu art. 2, 28° WMC). Het hof besluit daartoe na vergelijking van het beding met de regelen die gelden bij toepassing van het suppletieve recht inzake lastgeving.²⁷¹⁹

Het hof van beroep te Brussel oordeelde in deze zin bij de toetsing van een beding in een hypothecaire lening, waarin bepaald werd dat het toegekende *ristorno* verminderd wordt, indien de schuldsaldoverzekering of de brandverzekering die betrekking heeft op het gehypothekeerde goed wordt opgezegd. Het beding werd niet strijdig geacht met artikel 31 WHPC (nu art. 2, 28° WMC), aangezien er, vergeleken met de vigerende wettelijke voorschriften die bij gebrek aan een contractuele regeling zouden gelden, geen uitgesproken onevenwicht bestaat tussen de rechten en plichten van partijen.²⁷²⁰

960. *Nederlandse en Duitse recht* – Bij de beoordeling van het onredelijk bezwarend karakter van een beding in het Nederlandse recht wordt ook rekening gehouden met het suppletieve recht als toetssteen. Er wordt nagegaan of afgeweken wordt van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder het beding zou hebben gehad.²⁷²¹ Het feit dat een beding afwijkt van een bepaling van suppletief recht kan een indicatie zijn van het onredelijk bezwarend karakter van het beding. Er wordt immers aangenomen dat de wetgever met het aanvullend recht de belangen van de partijen billijk en doelmatig tracht te regelen zodat deze tot de veronderstelde wenselijke rechtstoestand leiden.²⁷²² Dat zal o.m. ook afhangen van de aard van de regel. Zo zal de aanwijzing sterker zijn bij recente of bij bijzondere, op de overeenkomst toegesneden wetsbepalingen dan bij oude of algemeen geldende wetsbepalingen.²⁷²³

Ook in het Duitse recht wordt ervan uitgegaan dat het aanvullend recht een toetsingsnorm vervult bij de beoordeling van bedingen in algemene voorwaarden.²⁷²⁴ Onder aanvullend recht wordt begrepen de wet, maar ook de algemene bepalingen van het AGB-Gesetz en het ongeschreven recht.²⁷²⁵ Wijkt een beding in het Duitse recht af van het aanvullend recht of van de wezenlijke grondgedachten

²⁷¹⁷ G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 30. Zie bv. Vred. Antwerpen 27 juli 1994, *TBH* 1995, 324, noot H. VAN GOMPEL.

²⁷¹⁸ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 227.

²⁷¹⁹ Bergen 29 maart 1999, *TBBR* 2001, 76, noot R. STEENNOT. Zie ook de bespreking van dit arrest bij CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 197 e.v.

²⁷²⁰ Brussel 23 maart 1999, *TBH* 2001, 172, noot H. COUSY, *DCCR* 1999, 40, noot G. STRAETMANS. Zie ook Vred. Antwerpen 27 juli 1994, *TBH* 1995, 324, noot H. VAN GOMPEL.

²⁷²¹ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 380-381; J. HIJMA, *Algemene voorwaarden*, 2003, 36; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 53 en 76.

²⁷²² LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 76.

²⁷²³ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 381.

²⁷²⁴ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 416; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 518; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1195.

²⁷²⁵ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 186.

die aan de wettelijke regeling ten grondslag liggen, dan wordt dat beschouwd als een indicatie van onredelijke bezwarendheid.²⁷²⁶

961. *Transparantie van het beding* – Hierboven werd al aangegeven dat in het Duitse recht de (inhoudelijke) transparantie steeds een element is geweest, dat in acht genomen moet worden bij de beoordeling van een beding op basis van de algemene toetsingsnorm van §307 BGB. Ook in het nieuwe artikel 73, lid 2 WMC komt dit duidelijk naar voor.²⁷²⁷

962. *Uitbuiting van de zwakheid* – Bij de uitwerking van een concrete toetsingsmethode voor de rechter lijken een aantal auteurs terug te grijpen naar de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling. Zo stellen KERRELS en DECLOEDT dat het “*zinnig kan zijn om aan elke magistraat die uitspraak moet doen over het werkelijk onrechtmatig karakter van een beding voor te stellen de volgende drie cumulatieve waarderingscriteria te hanteren: (i) er moet sprake zijn van een flagrante en op geen enkele manier te rechtvaardigen wanverhouding tussen de wederzijdse verplichtingen; (ii) deze wanverhouding moet haar oorsprong vinden in de uitbuiting van de ondergeschiktheid van één van de partijen door de andere partij(en); en (iii) deze wanverhouding mag niet geheel of gedeeltelijk te wijten zijn aan de onverschoonbare onbezonnenheid van de benadeelde partij*”.²⁷²⁸ Die waarderingscriteria lijken ons niet geschikt voor navolging. Wel zal de vaststelling dat de zwakheid van één van de partijen werd uitgebuit door de rechter mee in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een beding. Artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3 WHPC) geeft immers aan dat bij de beoordeling rekening wordt gehouden met alle omstandigheden rond de contractsluiting.²⁷²⁹

963. *Vergelijking met onderhandelde bedingen* – Als uitgangspunt wordt hierbij vooropgesteld dat de consument niet de mogelijkheid heeft om de inhoud van de contractvoorwaarden te beïnvloeden. Dat is niet zozeer te wijten aan de economische macht of de sterke onderhandelingspositie van de tegenpartij, maar vooral aan het feit dat de transactiekosten voor het nalezen, vergelijken en tegenvoorstellen doen inzake de contractvoorwaarden niet opwegen tegen de mogelijke voordelen die de consument daaruit zou kunnen halen.²⁷³⁰ Algemene contractvoorwaarden moeten als oneerlijk worden beschouwd, indien ze nadelig zijn voor de consument in vergelijking met de bedingen die partijen zouden hebben aangenomen indien ze zouden hebben onderhandeld, abstractie makend van de transactiekosten.²⁷³¹

964. *Risico's te dragen door professionele partij* – De toepassing van dat criterium impliceert dat de risico's gedragen moeten worden door de contractpartij die deze risico's tegen de laagste kostprijs kan vermijden. Dat criterium werd impliciet reeds toegepast door het Duitse Bundesgerichtshof. Zo verklaarde het hof een beding uit de contractvoorwaarden van een thuisleverancier van brandstof

²⁷²⁶ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 119.

²⁷²⁷ *Supra*, nr. 893.

²⁷²⁸ J.-L. KERRELS en S. DECLOEDT, “Onrechtmatige bedingen”, in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (173) 184, met verwijzing naar A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE en X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, 2005, losbl., nr. 12.14.

²⁷²⁹ In dezelfde zin, M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WERY (eds.), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 325.

²⁷³⁰ *Supra*, nrs. 775-777 en *infra*, nrs. 1102 e.v.

²⁷³¹ H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law. Vol. 1: Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, 1997, 146-147.

oneerlijk. In het beding exonereerde de leverancier zich voor eventuele schade ten gevolge van het overlopen van de tank, indien de consument meer brandstof had besteld dan de tank kon bevatten. Met dat beding werd een risico bij de consument gelegd, dat echter veel goedkoper gedragen kon worden door de leverancier. Immers, het vullen van brandstoftanks is een dagelijkse bezigheid voor de leverancier, waarvoor hij deskundig personeel aanneemt en opleidt en hen kan voorzien van de nodige materialen ter nazicht van de capaciteit van de tanks, dat alles tegen een lagere kostprijs dan de consument.²⁷³²

965. *Veil of ignorance* – Sommige auteurs menen dat een beding als oneerlijk moet worden beschouwd, indien het de consument blootstelt aan een onaanvaardbaar risicogehalte. Om te bepalen of een risicogehalte al dan niet aanvaardbaar is, moet de *veil of ignorance*-methode van RAWL worden toegepast. Bedingen zijn in dat geval rechtmatig, indien ze aanvaard zouden worden door een aantal rationele personen die zichzelf voorstellen als één van de contractpartijen, zonder evenwel te weten aan welke zijde van de transactie ze staan. Bedingen die deze test niet doorstaan, zijn onrechtmatig behoudens ingeval de benadeelde partij bewust risico's nam. Een beding wordt geacht een aanzienlijk onevenwicht te veroorzaken, indien het volgens de meeste consumenten een onaanvaardbaar risico inhoudt.²⁷³³

C. Voorlopig besluit

966. *Omvattende belangenafweging* – Eén van bovenstaande toetsingsmethoden als de enige te volgen methode naar voor schuiven, zou een miskennis uitmaken van de ruime appreciatiemarge waarover de rechter op basis van de algemene toetsingsnorm beschikt. In navolging van het Duitse recht lijkt een omvattende belangenafweging te moeten plaatsvinden.²⁷³⁴ Bij die belangenafweging dient de rechter o.m. rekening te houden met de beoordelingscriteria opgesomd in artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3 WHPC), het suppletieve contractenrecht en de verdeling van de contractuele risico's. Naar gelang de situatie zullen bepaalde beoordelingscriteria een beter hulpmiddel zijn bij de beoordeling dan andere. Enkel wanneer de rechter na een omvattende belangenafweging kan vaststellen dat geen enkel redelijk en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, dergelijk beding zou hebben opgenomen, zal het beding als onrechtmatig worden bestempeld.

§4. Algemene toetsingsnorm in enkele harmoniseringsinitiatieven

967. *PECL* – Overeenkomstig artikel 4:110, lid 1 PECL kan een niet afzonderlijk onderhandeld beding vernietigd worden indien het in strijd met de eisen van de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort. De eisen van de goede trouw zijn richtlijnen bij de beoordeling.²⁷³⁵ Benadrukt wordt dat het aanzienlijk

²⁷³² BGH 24 februari 1971, NJW 1971, 1036, aangehaald door H. KÖTZ en A. FLESSNER, *European Contract Law. Vol. 1: Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties*, 1997, 147. Voor een zaak met gelijkaardige feiten, zie Antwerpen 20 september 2004, RW 2007-2008, 539 (*supra*, nr. 717).

²⁷³³ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 150.

²⁷³⁴ Voor het Duitse recht, zie R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 675; B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING, *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, 339; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1135; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 416; H. PRÜTTING, G. WEGEN en G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 2008, 518; H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1195

²⁷³⁵ J. HJMA, "Chapter 4 – Validity", in X. (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, 2002, (191) 214.

onevenwicht van *economische* of van *juridische* aard kan zijn.²⁷³⁶ Ook in de PECL worden een aantal hulpmiddelen opgesomd voor de beoordeling van het aanzienlijk onevenwicht. Zo wordt rekening gehouden met de aard van de verschuldigde prestatie, alle andere bepalingen van de overeenkomst en de omstandigheden bij het sluiten van de overeenkomst.²⁷³⁷

968. *Acquis-principles* – De Acquis-beginselen bevatten in artikel 6:301, lid 1 een algemene toetsingsnorm, die sterk geïnspireerd is op de open norm van artikel 3, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. De algemene norm bevat zowel het goede trouw-criterium als het aanzienlijke onevenwichtscriterium. Artikel 6:301, lid 1 Acquis-principles vormt derhalve een compromis tussen beide criteria.²⁷³⁸ Ook artikel 6:301, lid 1 Acquis-beginselen omvat dezelfde hulpmiddelen voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding als in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²⁷³⁹

969. *Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008* – In artikel 32, lid 1 Richtlijnvoorstel is een algemene toetsingsnorm neergelegd: “*Wanneer een beding in een overeenkomst niet in bijlage II of III is opgenomen, zorgen de lidstaten ervoor dat het als oneerlijk wordt beschouwd, indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen aanzienlijk verstoort ten nadele van de consument.*” Overweging 48 geeft aan dat bij de beoordeling van de goede trouw in het bijzonder dient te worden gelet op de onderhandelingsposities van de partijen en op de vraag of de consument er op enigerlei wijze toe is aangezet het beding te accepteren, en of de goederen of diensten op speciale bestelling van de consument zijn verkocht of geleverd. Aangenomen wordt dat de handelaar voldoet aan het vereiste van goede trouw, indien hij eerlijk en rechtvaardig omgaat met de andere partij en rekening houdt met de legitieme belangen van die andere partij.

In het Richtlijnvoorstel werden de drie hulpmiddelen uit de huidige Richtlijn overgenomen. Evenwel wordt hierbij volgende belangrijke toevoeging gemaakt: “*Bij de beoordeling van het (on)eerlijke karakter van een voorwaarde in een overeenkomst houdt de bevoegde nationale autoriteit ook rekening met de wijze waarop de handelaar de overeenkomst heeft opgesteld en aan de consument heeft meegedeeld in het licht van artikel 31.*” In artikel 31 van het Voorstel wordt het transparantievereiste besproken. Die toevoeging ondersteunt onze stelling dat het transparantievereiste deel uitmaakt van de algemene inhoudstoets. Met artikel 73, lid 2 WMC anticipeerde de Belgische wetgever op een eventuele toekomstige omzetting van het richtlijnvoorstel in ons recht.²⁷⁴⁰

AFDELING VI. LIJST VAN ONRECHTMATIGE BEDINGEN

970. *Algemeen* – De lijst van onrechtmatige bedingen bevat een opsomming van bedingen die onrechtmatig zijn of waarvan de onrechtmatigheid wordt vermoed. De concrete inhoud van de lijst van

²⁷³⁶ In het eerste geval zullen de economische gevolgen voor één van de partijen getuigen van een aanzienlijk misbruik. Als voorbeeld kan worden verwezen naar de autoverkoper die een dure wagen verkoopt waarvan de wachtlijst zes maanden bedraagt. De verkoper verkoopt de auto aan de prijs “*zoals weergegeven door de fabrikant op het ogenblik van de levering*”. In het tweede geval kan een beding onevenwichtig zijn, indien het rechten toekent aan één partij, maar niet aan de andere. Zo kan een bankcontract bijvoorbeeld voorzien dat de bank een schuldvergelijking kan doorvoeren, terwijl dit aan de consument verboden wordt. Zie O. LANDO en H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000, 269. Zie ook M.W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, 2001, 142.

²⁷³⁷ Art. 4:110, lid 1 PECL.

²⁷³⁸ ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I, Pre-contractual obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, 2007, 235. Zie ook art. II-9:404 DCFR, waar ook beide criteria (aanzienlijk onevenwicht en strijdigheid met goede trouw) zijn opgenomen.

²⁷³⁹ In dezelfde zin, zie art. II-9:408, lid 1 DCFR.

²⁷⁴⁰ *Supra*, nr. 893.

verboden bedingen wordt hierna niet onderzocht. Dat onderzoek werd reeds eerder ondernomen.²⁷⁴¹ Wel staan we achtereenvolgens kort stil bij (i) de bestaansreden van een lijst met onrechtmatige bedingen en (ii) de aard van de lijsten in het Belgische recht en de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

§1. Bestaansreden van een lijst met onrechtmatige bedingen

971. *Concretisering van de open norm* – Een algemene toetsingsnorm is op zichzelf beschouwd onvoldoende precies om op een geharmoniseerde wijze te worden toegepast in de verschillende lidstaten. De lijst van onrechtmatige bedingen concretiseert de open norm. Derhalve biedt zij een belangrijke voorbeeldfunctie en een leidraad voor de rechter die de rechtmatigheid van een contractuele clausule moet beoordelen.²⁷⁴² In die zin komt een lijst met onrechtmatige bedingen ook de rechtszekerheid ten goede.²⁷⁴³

De lijst met onrechtmatige bedingen en de open norm zijn complementaire instrumenten in de onrechtmatige bedingenleer. Een lijst zou op zichzelf beschouwd immers geen afdoende bescherming bieden tegen onrechtmatige bedingen, aangezien die onmogelijk in alle gevallen van onrechtmatigheid kan voorzien. Derhalve is een open norm noodzakelijk als subsidiaire toetsingsnorm van onrechtmatige bedingen.²⁷⁴⁴

§2. Aard van de lijsten met onrechtmatige bedingen

972. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen: een indicatieve en niet uitputtende lijst* – Overeenkomstig artikel 3, lid 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen bevat de bijlage “een indicatieve en niet uitputtende lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt”. De lijst in het kader van de Richtlijn is slechts indicatief en kan, gelet op het minimumkarakter, door de lidstaten in het kader van hun nationale wetgevingen aangevuld of beperkt worden, met name wat de draagwijdte van die bedingen betreft alsook wat de aard van de lijst betreft (omzetting naar normatieve en exhaustieve lijst).²⁷⁴⁵

Over de concrete draagwijdte van de lijst is veel discussie geweest.²⁷⁴⁶ De lijst kan als een grijze lijst gekwalificeerd worden. De lijst is niet exhaustief en kan derhalve aangevuld worden. Ze is daarenboven slechts indicatief, in die zin dat de betrokken bedingen niet *a priori* in alle omstandigheden verboden zijn. De rechter is niet gehouden om die bedingen als oneerlijk te kwalificeren, maar beschikt daarentegen over een appreciatiemarge. Het voorkomen op de grijze lijst is een aanwijzing dat het beding in kwestie oneerlijk is, maar dat is op zich niet doorslaggevend.²⁷⁴⁷

²⁷⁴¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 394 e.v. Zie recenter ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 216-342.

²⁷⁴² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 381; N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2005, 519; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 258. Zie *supra*, nr. 957.

²⁷⁴³ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 381.

²⁷⁴⁴ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 381; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 38. Zie *supra*, nr. 922.

²⁷⁴⁵ Overweging 17 Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Zie ook M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 83; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 174.

²⁷⁴⁶ Voor een overzicht van de ontstaansgeschiedenis van de lijst en van de discussies omtrent de draagwijdte ervan, zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 382-385.

²⁷⁴⁷ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 174.

973. *Rechtspraak Hof van Justitie* – In het arrest *Commissie v. Zweden* ging het Hof dieper in op de aard van de bijlage bij de Richtlijn. Het Hof oordeelt als volgt: “*Het staat vast dat een erin voorkomend beding niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk hoeft te worden aangemerkt en dat omgekeerd een beding dat er niet in voorkomt nochtans oneerlijk kan worden bevonden. Nu de lijst in de bijlage bij de richtlijn geen beperking aanbrengt in de vrijheid van de nationale autoriteiten bij de beoordeling of een beding oneerlijk is, wordt daarmee niet beoogd de consumenten verdergaande rechten toe te kennen dan uit de artikelen 3 tot en met 7 van de richtlijn voortvloeien.*”²⁷⁴⁸ Verder wordt benadrukt dat de lijst dient als informatiebron zowel voor de nationale autoriteiten die belast zijn met de toepassing van de omzettingsmaatregelen als voor de particulieren die belang hebben bij die maatregelen. Een beding dat op de lijst voorkomt, is derhalve niet automatisch oneerlijk.²⁷⁴⁹ In zijn conclusie bij dat arrest benadrukte advocaat-generaal GEELHOED het volgende: “*De lijst biedt derhalve rechterlijke en andere bevoegde instanties, maatschappelijke organisaties en individuele consumenten en verkopers – ook indien deze afkomstig zijn uit een andere lidstaat – een interpretatief houvast ter duiding van het begrip ‘oneerlijk beding’. Hun wordt zo meer zekerheid geboden bij de concretisering van de open norm van artikel 3, lid 1, de primaire maatstaf voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding in een overeenkomst.*”²⁷⁵⁰

974. *Belgische recht* – In het Belgische recht werd geopteerd voor een zwarte lijst van verboden bedingen.²⁷⁵¹ Artikel 74 WMC (oud art. 32 WHPC) somt op exhaustieve wijze een aantal – inmiddels 33 – bedingen op die steeds als onrechtmatig moeten worden beschouwd. Een beding dat voorkomt op de lijst, is derhalve sowieso nietig. Met de zwarte lijsten van onrechtmatige bedingen ging de Belgische wetgever in ieder geval verder dan de Europese regelgever.²⁷⁵² De Belgische rechter dient niet na te gaan of het betrokken beding een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen veroorzaakt. Hij dient enkel te onderzoeken of het kwestieuze beding overeenstemt met één van de bedingen uit de betrokken lijst.²⁷⁵³ Ingeval de bedingen uit de lijst vage termen bevatten

²⁷⁴⁸ HvJ C-478/99, *Commissie v. Zweden*, Jur. 2002, I, 04147, overwegingen 20 en 21. Zie ook R. DAMMINGA, “De richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, 2007, (179) 188.

²⁷⁴⁹ SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 232.

²⁷⁵⁰ Conclusie advocaat-generaal L.A. GEELHOED, HvJ C-478/99, *Commissie v. Zweden*, Jur. 2002, I, 04147, overweging 29. Zie ook N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2005, 520; C. TWIGG-FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, 2008, 83.

²⁷⁵¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 388-389; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 233.

²⁷⁵² S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 158; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 24; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 801.

²⁷⁵³ M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WERY (eds.), *Les pratiques du commerce, l’information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 326; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 88; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 478; E. DIRIX, “Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (689) 693; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 38; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1828; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 157; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WERY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 175; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 802.

(onredelijk, ongelijkwaardig, onevenredig), zal de rechter tot appreciatie en invulling van die begrippen overgaan.²⁷⁵⁴

Ook in de WOBVB werd geopteerd voor de opname van een limitatieve lijst van verboden en nietige bedingen. De 17 bedingen zijn verboden en nietig, zelfs als er werd over onderhandeld.²⁷⁵⁵ De inhoud van de lijst van de WOBVB is identiek aan die van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²⁷⁵⁶ De aard is evenwel verschillend.²⁷⁵⁷

§3. De lege ferenda: Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008

975. *Zwarte en grijze lijst* – Met het richtlijnvoorstel wordt de indicatieve en niet-exhaustieve lijst van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen verlaten. Er wordt geopteerd voor twee lijsten, een *grijze* en een *zwarte* lijst.²⁷⁵⁸ De zwarte lijst, opgenomen in Bijlage II, omvat (slechts) vijf bedingen die onder alle omstandigheden geacht worden oneerlijk te zijn. Het tegenbewijs kan niet geleverd worden. De grijze (of indicatieve) lijst, opgenomen in Bijlage III, omvat twaalf bedingen die verondersteld worden oneerlijk te zijn. De handelaar kan echter het tegenbewijs leveren dat de clause in de concrete omstandigheden niet oneerlijk is. De rechter beschikt derhalve over een beoordelingsmarge. Het oneerlijke karakter zal beoordeeld worden rekening houdend met o.m. de reikwijdte van het opgeworpen onevenwicht, de goede trouw in hoofde van de professioneel bij het hanteren van die bedingen, de aard van het product, de omstandigheden rond de contractsluiting, de andere contractuele clausules en de wijze waarop het contract werd opgesteld en overgezonden door de professioneel.²⁷⁵⁹

976. *Toekomstige omzetting in het Belgische recht* – Gelet op het beginsel van volledige harmonisatie rijst de vraag naar de omzetting van de zwarte en grijze lijst in het Belgische recht. Een

²⁷⁵⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 214; M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WERY (eds.), *Les pratiques du commerce, l’information et la protection du consommateur*, 2006, (303) 326; I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 88; I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1345; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 478; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 38; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 157; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WERY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 176; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 802.

²⁷⁵⁵ Art. 7, §4 WOBVB.

²⁷⁵⁶ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 97; P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 478.

²⁷⁵⁷ I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1345.

²⁷⁵⁸ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WERY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 178.

²⁷⁵⁹ E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (101) 121; E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WERY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 179; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 90-91.

letterlijke omzetting van de lijsten lijkt zich op te dringen, minstens moet de gehanteerde terminologie en formulering van de oneerlijke bedingen zo getrouw mogelijk worden overgenomen.²⁷⁶⁰

977. *VTB-VAB-arrest*²⁷⁶¹ – Bij het onderzoek naar wat de lidstaten na een eventuele omzetting van het richtlijnvoorstel nog kunnen opnemen in hun nationale recht inzake de lijsten van oneerlijke bedingen, kan het arrest *VTB-VAB v. Total* van het Hof van Justitie duidelijkheid brengen. Deze zaak betrof de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, waar volledige harmonisatie werd vooropgesteld. Naast een algemeen verbod met criteria bevat ook deze richtlijn een (zwarte) lijst van handelspraktijken die *per se* verboden zijn. De betrokken zaak ging over het gezamenlijk aanbod (oud artikel 54 WHPC – nu artikel 71-72 WMC). De Belgische wetgever had bij de omzetting van de richtlijn o.m. dit gezamenlijk aanbod buiten de regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken gehouden. Er werd aangenomen dat de richtlijn slechts bepaalde handelspraktijken verbodt en dat dit niet in de weg stond van een regeling die handelspraktijken niet *per se* verbiedt, doch slechts reglementeert. Het gezamenlijk aanbod werd door de Belgische wetgever beschouwd als een dergelijke *gereglementeerde* handelspraktijk, onder de vorm van een *per se* verbod met uitzonderingen.²⁷⁶² Het Hof van Justitie maakte komaf met deze redenering: “*Richtlijn 95/29/EG (...) dient aldus te worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een nationale regeling zoals die aan de orde in de hoofdgedingen, die, behoudens bepaalde uitzonderingen, elk gezamenlijk aanbod van een verkoper aan een consument verbiedt, ongeacht de specifieke omstandigheden van het concrete geval.*” Aangezien het verbod op gezamenlijk aanbod niet voorkomt op de zwarte lijst van verboden praktijken van de richtlijn, toetst het Hof dit verbod aan de algemene oneerlijkheidstoets van de richtlijn. De regeling inzake het gezamenlijk aanbod beantwoordt volgens het Hof niet aan de vereisten van de richtlijn, omdat er een vermoeden van onrechtmatigheid wordt ingevoerd. De toetsing van de richtlijn is daarentegen “*een noodzakelijkerwijs tegen de achtergrond van de feitelijke context van elk geval te verrichten toetsing of een handelspraktijk oneerlijk is volgens de in (...) de richtlijn geformuleerde criteria*”. Derhalve kan de nationale wetgever aangaande handelspraktijken, of naar analogie aangaande bedingen, niet verder gaan dan een enumeratieve opsomming van handelspraktijken (of bedingen) waarvan het aan te bevelen valt om *in concreto* na te gaan of ze niet oneerlijk zijn.²⁷⁶³

AFDELING VII. SANCTIONERING: DE NIETIGHEIDSSANCTIE

978. *Algemeen* – Binnen de sancties op het gebruik van onrechtmatige bedingen kan een onderscheid worden gemaakt tussen de individuele sanctionering, die naar Belgisch recht bestaat uit de nietigheidssanctie, en de collectieve sanctionering, waartoe o.m. de stakingsvordering behoort.²⁷⁶⁴ Hierna wordt enkel (kort) ingegaan op de nietigheidssanctie.

²⁷⁶⁰ Zie uitgebreid bij E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 183 e.v.

²⁷⁶¹ HvJ 23 april 2009, C-261/07 en C-299/07, *VTB-VAB t. Total* en *Galatea t. Sanoma*, www.curia.eu, *RW* 2009-10, 1251, *TBH* 2009, 770, noot L. DE BROUWER. Zie ook E. TERRY, “Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie”, *RW* 2009-10, 1242-1250.

²⁷⁶² H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 64. Zie ook E. TERRY, “Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie”, *RW* 2009-10, (1242) 1245.

²⁷⁶³ H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 64. Zie ook J. STUYCK, “Harmonisatieniveau”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (7) 11-14.

²⁷⁶⁴ Zie op uitgebreide wijze bij DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 701 e.v.

§1. Richtlijn Oneerlijke Bedingen: oneerlijke bedingen binden de consument niet

979. *Ruim begrip* – Artikel 6, §1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen bepaalt inzake de individuele sanctionering als volgt: “De lidstaten bepalen dat oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument onder de in het nationale recht geldende voorwaarden de consument niet binden en dat de overeenkomst voor de partijen bindend blijft indien de overeenkomst zonder de oneerlijke bedingen kan voortbestaan.” De keuze voor de ruime uitdrukking *niet binden* vormt het resultaat van een compromis na lange discussies tijdens de voorbereidende werkzaamheden.²⁷⁶⁵ De open bewoording overbrugt de verschillen die tussen de nationale rechtsstelsels bestaan inzake het concept *nietigheid*.²⁷⁶⁶ Daarmee laat de Richtlijn de lidstaten ook vrij in de keuze van de concrete invulling van de individuele sanctie.²⁷⁶⁷ De invulling gebeurde in de verschillende lidstaten dan ook op uiteenlopende wijze.²⁷⁶⁸

980. *Kenmerken van de individuele sanctie* – Een verdere invulling van de uitdrukking *niet binden* is officieel niet voorhanden. Wel schetste TENREIRO, die als verantwoordelijke Europese ambtenaar nauw betrokken was bij de voorbereidende werkzaamheden, een aantal kenmerken waaraan de nationale individuele sanctie moet voldoen opdat die in overeenstemming zou zijn met de Europese notie *niet binden*. De kenmerken, die hij ten persoonlijke titel weergeeft, zijn de volgende: (i) de consument kan de naleving weigeren van het beding zonder voorafgaandelijke vaststelling in rechte van het oneerlijke karakter ervan, (ii) de consument kan vanaf de totstandkoming van de overeenkomst het oneerlijke karakter van het beding op elk ogenblik invoeren, (iii) de consument kan geen afstand doen van zijn rechten, (iv) de rechter moet ambtshalve het oneerlijke karakter van een beding kunnen opwerpen zonder een eis in die zin van de consument en (v) de sanctie moet terugwerkende kracht hebben.²⁷⁶⁹

§2. Het Belgische recht: keuze voor de nietigheidssanctie

981. *Nietigheid* – Ter omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen werd in de WHPC (nu WMC) en in de WOBVB geopteerd voor de nietigheidssanctie. Artikel 75, §1 WMC (oud art. 33, §1 WHPC) bepaalt dat elk onrechtmatig beding verboden en nietig is. Ook overeenkomstig artikel 7, §1 WOBVB wordt de nietigheidssanctie toegepast.

²⁷⁶⁵ S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 925 e.v. Zie op uitgebreide wijze bij M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 280-283.

²⁷⁶⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 702.

²⁷⁶⁷ I. DEMUYNCK, “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, (1313) 1355; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 234; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 187. Voor een overzicht van hoe de Europese wetgever tot de sanctionering ‘not binding’ kwam, zie M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 280 e.v.

²⁷⁶⁸ S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 925. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 399.

²⁷⁶⁹ M. TENREIRO, “The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. Principle of Good Faith and Remedies for Unfair Terms”, *ERPL* 1995, (273) 282. Zie ook bij DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 703; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 45; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 416; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 927; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 187-188; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 305.

Bij regels die economisch zwakkere partijen willen beschermen, is de nietigheid van de ganse overeenkomst doorgaans niet de meest aangepaste sanctie.²⁷⁷⁰ De nietigheid wordt daarom vaak beperkt tot één of meer clausules, zo ook in de onrechtmatige bedingenleer. Artikel 75, §1, lid 2 WMC (oud art. 33, §1, lid 2 WHPC) bepaalt dat de overeenkomst bindend blijft voor de partijen, indien de overeenkomst zonder de onrechtmatige bedingen kan voortbestaan. Ook artikel 6, lid 1 Richtlijn bepaalt in die zin.²⁷⁷¹ Dat is een belangrijke precisering die ertoe leidt dat de consument zich niet belemmerd voelt om de vernietiging van een beding te vorderen uit vrees dat de ganse overeenkomst vernietigd zou worden. Ook de onderneming kan zich dan niet aan de (rest van de) overeenkomst onttrekken.²⁷⁷²

982. *Probleempunten* – Onmiddellijk wordt duidelijk dat de Belgische nietigheidssanctie niet alle kenmerken in zich draagt die aan de individuele sanctie uit de Richtlijn (*de consument niet binden*) worden toegeschreven. Zo kan de relatieve nietigheidssanctie naar Belgisch recht enkel opgeworpen worden door de beschermde contractpartij, en niet ambtshalve door de rechter. Daarenboven heeft de nietigheidssanctie in het Belgische recht steeds een gerechtelijk karakter.²⁷⁷³

983. *Ambtshalve opwerping van de relatieve nietigheid* – In de rechtspraak en rechtsleer bestond jarenlang onenigheid over de vraag of de onrechtmatige bedingenleer van dwingend recht was dan wel de openbare orde raakte.²⁷⁷⁴ Derhalve was het ook onduidelijk of een schending van deze bepalingen gesanctioneerd moest worden met een absolute dan wel met een relatieve nietigheid.²⁷⁷⁵ Noch de wet noch de voorbereidende werken geven duidelijk aan met welke nietigheid onrechtmatige bedingen worden gesanctioneerd. Nochtans had de jarenlange discussie in rechtspraak en rechtsleer hieromtrent

²⁷⁷⁰ S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Nederlands en Belgisch recht*, 2002, (225) 243.

²⁷⁷¹ N. REICH en H.-W. MICKLITZ, *Europäisches Verbraucherrecht*, 2005, 518.

²⁷⁷² E. DIRIX, “Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten”, in X. (ed.), *Liber amicorum P. De Vroede*, 1994, (689) 692; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 161; S. STIJNS, “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Nederlands en Belgisch recht*, 2002, (225) 243. In dezelfde zin, zie de Franse auteurs BENABENT, *Les obligations*, 2005, 132; B. FAGES, *Droit des obligations*, 2007, 174; J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 2006, 221; LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 439; J. GHESTIN en I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, “Les contrats d’adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les relations contractuelles*, 1996, (1) 56. Zie ook de Nederlandse auteur, LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 111. Zie ook de Duitse auteurs, J. HENNRICH, “Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen”, in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, 2002, (322) 336.

²⁷⁷³ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 46; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 416-417; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WERY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 188-189.

²⁷⁷⁴ De discussie omtrent de ambtshalve opwerping van de nietigheid van een beding in strijd met de onrechtmatige bedingenleer, werd in het Belgische recht – en dat in tegenstelling tot het Europese niveau – gevoerd in het raam van de vraag of de regels betreffende de onrechtmatige bedingen van openbare orde of van dwingend recht zijn. Zie R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1871; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 534.

²⁷⁷⁵ Voor een algemene bespreking van die problematiek, zie I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 101 e.v.; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 724 e.v.; M. FLAMÉE, “Onrechtmatige bedingen”, *TBH* 1993, (630) 646-648; J. SCHAMP en M. VAN DEN ABBEELE, “La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d’application et problèmes de droit transitoire”, *JT* 1992, 585-599; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 164 e.v.; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig”, in X. (ed.), *Liber Amicorum Y. Merchiers*, 2001, 921-946; E. SWAENEPOEL, “De onrechtmatige bedingen: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid”, (noot onder Gent 3 maart 2004), *DCCR* 2005, n° 66, 71-82.

door de wetgever vermeden kunnen – en moeten – worden. Dat de wetgever zich niet engageert – zelfs niet bij de wetwijziging van 7 december 1998 – om op duidelijke wijze de aard van de bepalingen en/of van de nietigheidssanctie aan te geven, is onbegrijpelijk. Hierdoor ontstaat er niet alleen rechtsonzekerheid, maar mist de wet daarenboven de nodige slagkracht.²⁷⁷⁶ Op heden lijken de meeste auteurs voorstander van het dwingend karakter van de regeling, en dus van de relatieve nietigheid. Ook de weinige lagere rechtspraak oordeelt in deze zin.²⁷⁷⁷ In een belanghebbend arrest van 26 mei 2005 oordeelde het Hof van Cassatie dat de onrechtmatige bedingenregeling uit de WOBVB de openbare orde niet raakt.²⁷⁷⁸ Deze uitspraak lijkt te kunnen worden doorgetrokken naar de WMC (oude WHPC), aangezien beide wetten dezelfde doelstelling van consumentenbescherming nastreven en beiden een omzetting vormen van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.²⁷⁷⁹

Sommige auteurs wierpen al snel op dat de relatieve nietigheidssanctie niet volledig aangepast is aan het beoogde doel, met name een zo effectief mogelijke bescherming van de zwakkere partij.²⁷⁸⁰ Die doelstelling zou enkel en alleen kunnen worden bereikt via een sanctionering waarin ook aan de rechter een initiatiefrecht toekomt.²⁷⁸¹ Met DEMUYNCK moet inderdaad worden aangenomen dat “*het ambtshalve optreden van de rechter [volledig] past binnen het kader van de met de betrokken wetgeving beoogde doelstelling en de nietigheidssanctie [kneedt] in de vorm waarin ze het best de doelstelling van de wet kan verwezenlijken*”.²⁷⁸² Met het arrest *Océano Grupo* is het Hof van Justitie die zienswijze voor het eerst bijgetreden.²⁷⁸³

984. *OCEANO GRUPO* – Op grond van deze zaak werd aan het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld: mag de nationale rechter op grond van de omvang van de consumentenbescherming die de Richtlijn Onrechtmatige Bedingen in consumentenovereenkomsten biedt, bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van een bij de gewone rechter ingediende vordering ambtshalve toetsen, of een beding

²⁷⁷⁶ H. VUYE, “Moet de structuur van het Burgerlijk Wetboek eventueel worden aangepast, naar het voorbeeld van het (nieuwe) Nederlandse Burgerlijk Wetboek?”, in *Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek*, Colloquium van 22 oktober 2004, 9.

²⁷⁷⁷ Brussel 9 juni 1995, A.R. nr. 1893/93, *onuitgeg.*; Voorz. Kh. Dendermonde 21 juni 1995, *Jaarboek Handelspraktijken* 1995, 212; Voorz. Kh. Bergen 7 oktober 1997, *Jaarboek Handelspraktijken* 1997, 223; Arrondrb. Bergen 26 juni 1992, *JT* 1993, 232, allen aangehaald door P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming 1992-1997”, *TPR* 1999, (131) 498-499.

²⁷⁷⁸ Cass. 26 mei 2005, *Pas.* 2005, I, 1115. Zie ook P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 10.

²⁷⁷⁹ P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 10-11 en 47.

²⁷⁸⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 731 (“*Derhalve zijn wij van oordeel dat de Belgische onrechtmatige bedingenleer hoofdzakelijk van dwingend recht is want in de eerste plaats gericht is op de bescherming van de privébelangen van de consument, maar dat dit niet wegneemt dat de rechter ambtshalve moet kunnen optreden. De consument kan geen afstand doen van de hem door deze leer verleende rechten, tenzij met kennis van zaken. Het ambtshalve optreden vormt hiervoor een garantie.*”); S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 940; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 166.

²⁷⁸¹ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 711; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 940.

²⁷⁸² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 711.

²⁷⁸³ HvJ C-240 tot C-244/98, *Océano Grupo*, *Jur.* 2000, I, 4963. In deze zaak werd de Spaanse rechter geconfronteerd met een aantal rechtsovereenkomsten ingesteld door verkopers van encyclopedieën tegen consument-kopers die hun afbetalingen hadden gestaakt. De verkopers richtten zich krachtens een bevoegdheidsbeding opgenomen in de overeenkomst tot de rechter te Barcelona teneinde uitvoering van de overeenkomsten te bekomen. De rechter te Barcelona stelde vast dat het Spaanse Hoogerechtshof dergelijke bevoegdheidsbedingen reeds meermaals als oneerlijk had beschouwd, doch vraagt zich af of hij dit ook ambtshalve kan opwerpen. Voor een bespreking van dit arrest, zie S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 417; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 937 e.v.

in de hem ter beoordeling voorgelegde overeenkomst oneerlijk is?²⁷⁸⁴ Het ging *in casu* om een forumkeuzebeding waarbij de rechter van de plaats van vestiging van de verkoper bij uitsluiting bevoegd werd verklaard. Het Hof benadrukte in dit arrest in algemene bewoordingen dat de doelstelling van artikel 6 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, volgens hetwelk de lidstaten moeten bepalen dat oneerlijke bedingen de consument niet binden, mogelijk niet kan worden bereikt, wanneer de consument het oneerlijke karakter van dergelijke bedingen zelf aan de orde zou moeten brengen. Het Hof stelt uitdrukkelijk dat “*een doeltreffende bescherming van consumenten enkel [kan] worden bereikt, indien aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen.*”²⁷⁸⁵

Sommige auteurs hebben de draagwijdte van dat arrest in vraag gesteld, gelet op de beperking opgenomen in de prejudiciële vraagstelling (“... *bij het onderzoek van de ontvankelijkheid*”).²⁷⁸⁶ Andere auteurs benadrukten daarentegen de motivering van het arrest waar het Hof zich van de beperking uit de vraagstelling lijkt te ontdoen en het toepassingsgebied als het ware opentrekt naar alle fasen van het geding.²⁷⁸⁷ Die discussie omtrent de draagwijdte van het arrest vond haar oorzaak in het feit dat het geschil, dat aan het Hof werd voorgelegd, betrekking had op een bevoegdheidsbeding en het Hof in het beschikkend gedeelte van het arrest aan de nationale rechter enkel de mogelijkheid verleende om de nietigheid van zo’n bevoegdheidsbeding ambtshalve op te werpen.²⁷⁸⁸

985. *COFIDIS* – De draagwijdte van de overwegingen van het Hof van Justitie lijkt met het Cofidis-arrest te zijn verduidelijkt.²⁷⁸⁹ Zowel Cofidis als de Franse regering benadrukten dat deze zaak onderscheiden moest worden van het arrest Océano Grupo, daar het Hof in deze laatste zaak de rechter *enkel* heeft toegestaan ambtshalve een *bevoegdheidsbeding* te beoordelen om zo ambtshalve zijn (on)bevoegdheid vast te stellen. De overige partijen betoogden daarentegen dat het Océano Grupo-arrest ruim moest worden uitgelegd.

Het Hof van Justitie benadrukte uitdrukkelijk dat de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is “*noodzakelijk geacht [is] om een daadwerkelijke bescherming van*

²⁷⁸⁴ HvJ C-240 tot C-244/98, *Océano Grupo*, Jur. 2000, I, 4963, overweging 19.

²⁷⁸⁵ HvJ C-240 tot C-244/98, *Océano Grupo*, Jur. 2000, I, 4963, overweging 26. Zie ook C. DELFORGE, “Clauses abusives, office du juge et renonciation”, (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, (93) 95-96; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 534; J. STUYCK, “Politique européenne de la consommation” in X. (ed.), *Jurisclasseur Europe Traité* 2008, (1) 17; H. SWENNEN, “De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht”, *DCCR* 1992, (3) 47. Zie tevens M.B.M. LOOS, “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, *AA* 2007, (741) 746; SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 234.

²⁷⁸⁶ J. STUYCK, “Case Law. Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo*, Judgment of the Full Court of 27 June 2000”, *CMLR* 2001, (719) 732-733.

²⁷⁸⁷ Zo overweegt het Hof als volgt: “Wat de vraag betreft, of een rechter aan wie een geschil in verband met een tussen een verkoper en consument gesloten overeenkomst is voorgelegd, ambtshalve mag toetsen, of een beding in die overeenkomst oneerlijk is, zij eraan herinnerd dat ...” (HvJ C-240 tot C-244/98, *Océano Grupo*, Jur. 2000, I, 4963, overweging 25). Zie S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 937 e.v.

²⁷⁸⁸ R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1872; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 534.

²⁷⁸⁹ HvJ C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, I, 10875. Deze zaak betrof een geding tussen Cofidis SA en een consument ter zake van de betaling van bedragen die verschuldigd waren ter uitvoering van een tussen beiden gesloten kredietovereenkomst. De Franse rechter wordt geconfronteerd met financiële bedingen die hij oneerlijk achtte. Evenwel verbood een interne rechtsregel hem om de bedingen, zowel op verzoek van één van de partijen als ambtshalve, nietig te verklaren na het verstrijken van een vervalltermijn van twee jaren. De rechter vroeg daaropvolgend aan het Hof of “de door de richtlijn aan de consument verstrekte bescherming zich verzet tegen een regelgeving die, in het kader van een vordering die door een verkoper is ingediend tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst, de nationale rechter verbiedt om na het verstrijken van een vervalltermijn ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in die overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is.” (overweging 16). Voor een uitgebreide bespreking, zie M.B.M. LOOS, “Oneerlijke bedingen en wettelijke vervalltermijnen: ruime uitleg van Océano bevestigd”, *NTER* 2003, 71-74.

de consument te waarborgen, met name gezien het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen.”²⁷⁹⁰ De bescherming verleend door de Richtlijn Oneerlijke Bedingen strekt zich volgens het Hof dus ook uit tot de gevallen waarin de consument zich niet op het oneerlijke karakter van een beding beroept, hetzij omdat hij onwetend is, hetzij omdat hij ervan afziet zijn rechten in te roepen wegens de kostprijs. Het Hof besluit het debat stellende dat er afbreuk wordt gedaan aan de bescherming van artikel 6 en 7 Richtlijn Oneerlijke Bedingen wanneer de bevoegdheid van de rechter om oneerlijke bedingen ambtshalve of op verzoek van één van de partijen nietig te beschouwen, in de tijd wordt beperkt.²⁷⁹¹ Het dictum van het Hof is in dit arrest niet langer beperkt tot de vraag of een nationale rechter ambtshalve een forumkeuzebeding kan toetsen, maar heeft betrekking op oneerlijke bedingen in het algemeen.²⁷⁹² Er kan o.i. dan ook worden besloten dat het Hof met deze duidelijke overwegingen over de noodzaak van het ambtshalve opwerpen van de nietigheid de ruime draagwijdte van het arrest Océano Grupo heeft bevestigd.²⁷⁹³

986. *MOSTAZA CLARO*²⁷⁹⁴ – In dit arrest ging het om een arbitragebeding in een overeenkomst met een provider van mobiele telefonie. Mostaza Claro had de minimumabonnementsperiode niet in acht genomen, waarop Centro Movil haar dagvaardde voor de in het contract aangewezen arbiter. Voor de arbiter heeft verweerster zich wel inhoudelijk verweerd, maar wierp ze de nietigheid van het arbitragebeding niet op. Nadat de arbiter een voor haar ongunstig oordeel velde, wierp ze de nietigheid van het arbitragebeding alsnog op voor de gewone rechter. Die oordeelde dat het arbitragebeding inderdaad onredelijk bezwarend was, maar vroeg aan het Hof van Justitie of dat betekent dat hij het arbitragebeding ook dan nietig moest verklaren, indien de nietigheid daarvan niet al tijdens de arbitrageperiode was opgeworpen.

In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie als volgt: *“De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren.”*²⁷⁹⁵ Het Hof stelde ook dat het eerder had geoordeeld dat *“de bevoegdheid van de rechter om ambtshalve te toetsen of een beding oneerlijk is, moet worden beschouwd als een geschikt middel, zowel ter bereiking van het in artikel 6 van de richtlijn beoogde resultaat, te weten te verhinderen dat de individuele consument door een oneerlijk beding wordt gebonden, als om de verwezenlijking van het doel van artikel 7 te bevorderen, aangezien van een dergelijke toetsing een afschrikkende werking kan uitgaan die ertoe bijdraagt dat het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten met consumenten wordt gestaakt. Deze bevoegdheid van de rechter is noodzakelijk geacht om een daadwerkelijke bescherming van de consument te waarborgen, met name het niet te onderschatten risico dat deze zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze uit te oefenen.”* (eigen onderlijning)²⁷⁹⁶

²⁷⁹⁰ HvJ C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, I, 10875, overweging 33.

²⁷⁹¹ HvJ C-473/00, *Cofidis*, Jur. 2002, I, 10875, overweging 34.

²⁷⁹² SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER en EBERS, *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 241; J. STUYCK en E. TERRY, “Le droit européen de la consommation. Développements récents”, *JTDE* 2007, (257) 263; B. WESSELS en M.H. WISSINK, “Inleiding”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (1) 16.

²⁷⁹³ In dezelfde zin, C. DELFORGE, “Clauses abusives, office du juge et renonciation”, (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, (93) 96; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 160; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1872; R. STEENNOT, “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, (521) 534.

²⁷⁹⁴ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, Jur. 2006, I, 10421.

²⁷⁹⁵ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, Jur. 2006, I, 10421, overweging 38.

²⁷⁹⁶ HvJ C-168/05, *Mostaza Claro*, Jur. 2006, I, 10421, overwegingen 27 en 28. Zie ook M.B.M. LOOS, “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, *AA* 2007, (741) 746; J. STUYCK en E. TERRY, “Le droit européen de la consommation. Développements récents”, *JTDE* 2007, (257) 263. Voor een uitgebreide bespreking en commentaar bij dit arrest, zie J.J. VAN HAERSHOLTE en P.J. KREIJGER, “Mostaza Claro/Centro Móvil”, *NTer* 2007, 23-26.

Het Hof van Justitie heeft derhalve bevestigd dat de nationale rechter een onrechtmatig beding ambtshalve kan vernietigen.²⁷⁹⁷ Sommige auteurs spraken zelfs van een *plicht* tot het ambtshalve opwerpen van het onrechtmatig karakter.²⁷⁹⁸ Met de formulering in het arrest *Mostaza Claro* zette het Hof inderdaad een eerste stap in de richting van een verplichte ambtshalve toetsing door de rechter. Met het arrest PANNON werd die zienswijze in niet mis te verstane woorden bevestigd.²⁷⁹⁹

987. PANNON – Een Hongaarse rechter, die zich vragen stelt over het eerlijke karakter van het forumkeuzebeding, stelt drie vragen aan het Hof van Justitie over de interpretatie van de richtlijn oneerlijke bedingen (1993/13 EG). De rechter wil o.m. weten of hij ambtshalve moet nagaan of een beding oneerlijk is bij het onderzoeken van zijn eigen territoriale bevoegdheid. Het Hof benadrukte dat de consument ook beschermd wordt door de richtlijn, wanneer hij het oneerlijke karakter van een beding niet inroept. Dit kan gebeuren omdat de consument zijn rechten niet kent of omdat de procedurekosten om zijn rechten af te dwingen, hem afschrikken.²⁸⁰⁰ Het Hof leidde daaruit af dat “*de rol die het gemeenschapsrecht aldus de nationale rechter op het betrokken gebied toebedeelt, niet alleen louter de bevoegdheid in(houdt) om uitspraak te doen over de vraag of een contractueel beding mogelijk oneerlijk is, maar ook de verplichting om die kwestie ambtshalve te onderzoeken zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtelijk, beschikt, en dus ook wanneer hij toetst of hij ratione loci bevoegd is*”. (eigen onderlijning)²⁸⁰¹ Oordeelt de rechter dat een clause oneerlijk is, dan moet hij dit beding buiten toepassing laten, tenzij de consument – nadat hij op de hoogte werd gebracht van het oneerlijke karakter – verkiest om de oneerlijkheid van het beding niet in te roepen.²⁸⁰² Overeenkomstig artikel 75, §1, lid 3 WMC (oud art. 33, §1, lid 2 WHPC) kan de consument niet geldig afzien van het inroepen van het onrechtmatige karakter van bedingen. GATHEM en WÉRY benadrukten reeds dat, gelet op het dwingende karakter van de regeling, er wel een beperkte mogelijkheid bestaat om *a posteriori*, na het ontstaan van het geschil en met volle kennis van de zaak, te verzaken.²⁸⁰³ Met het arrest PANNON werd dit ook bevestigd.²⁸⁰⁴

988. *Vertaling naar het Belgische recht* – Betekent het bovenstaande nu dat de onrechtmatige bedingen uit de WMC toch van openbare orde moeten worden geacht? Met STIJNS moet worden aangenomen dat dat niet het geval is. Immers, het Hof heeft de ambtshalve toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter rechtstreeks gesteund op het doel van de richtlijn en op de sanctie uit artikel 6

²⁷⁹⁷ LARROUMET, *Droit civil*, 2007, 438.

²⁷⁹⁸ P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 48; R. STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 161; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 932. Zie ook LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 57; S. PRECHAL, “Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg”, *NTER* 2001, (104) 106.

²⁷⁹⁹ HvJ C-243/08, *Pannon v. Györfi*, www.curia.be. Zie ook I. SAMOY, “Hoe Europees kleurt het Belgische privaatrecht anno 2010? Kapstokken voor de praktizijn die geconfronteerd wordt met Europese invloeden op het Belgische contractenrecht”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (105) 128; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 48; E. SWAENEPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 191. Zie tevens de Nederlandse auteur M.R. MOK, noot onder HvJ C-243/08, *Pannon v. Györfi*, *NJ* 2009, 3926-3928.

²⁸⁰⁰ HvJ C-243/08, *Pannon v. Györfi*, www.curia.be, overweging 30.

²⁸⁰¹ HvJ C-243/08, *Pannon v. Györfi*, www.curia.be, overweging 32.

²⁸⁰² HvJ C-243/08, *Pannon v. Györfi*, www.curia.be, overweging 33.

²⁸⁰³ P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 49. Zie ook G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise – Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 83.

²⁸⁰⁴ Zie ook M.B.M. LOOS, “Noot onder HvJ 4 juni 2009”, *TvC* 2009, (193) 194.

Richtlijn Oneerlijke bedingen.²⁸⁰⁵ Deze toetsingsbevoegdheid wordt door het Hof dan ook los gedacht van de aard van de regels inzake onrechtmatige bedingen en van de aard van de door de lidstaten gekozen nietigheid. Het Hof van Justitie heeft zich enkel uitgesproken over de noodzaak van het ambtshalve opwerpen van de nietigheid. Het Hof heeft dit niet gekoppeld aan het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid noch aan het onderscheid tussen regels van openbare orde en regels van dwingend recht. De discussie over het al dan niet koppelen van het ambtshalve opwerpen van een nietigheid aan regels van dwingend recht situeert zich dan ook enkel op nationaal niveau.²⁸⁰⁶ Het Hof bekommert zich enkel over het effect van het unierecht, *in casu* de rechtsbescherming van de consument. Het hoeft daarenboven ook geen betoog dat het onlogisch is aan de hand van de gevolgen de aard van de nietigheid te gaan bepalen. Het is bovendien overbodig deze stap te zetten als men aanvaardt dat ook de relatieve nietigheid ambtshalve kan worden opgeworpen.²⁸⁰⁷ WÉRY spreekt van het verlaten van een dichotomie en het ontdekken van een derde uitweg, met name de relatieve nietigheid met de rechterlijke macht tot de ambtshalve opwerping.²⁸⁰⁸ Door de Belgische rechters wordt het onrechtmatige karakter van een bedingen in consumentencontracten nu ook ambtshalve opgeworpen.²⁸⁰⁹

Intussen heeft deze rechtspraak ook het strikte domein van de onrechtmatige bedingen verlaten. In het arrest *Rampion* heeft het Hof van Justitie in een zaak aangaande consumentenkrediet geoordeeld dat de doelstelling van de consumentenbescherming nagestreefd door artikel 11, par. 2 Richtlijn 87/102 “niet op doeltreffende wijze kan worden bereikt, indien de consument verplicht is zelf het recht in te roepen om rechten tegen de kredietgever geldend te maken krachtens de nationaalrechtelijke bepalingen ter omzetting van artikel 11, lid 2, van richtlijn 87/102, onder meer wegens het niet geringe risico dat de consument niet op de hoogte is van zijn rechten of op moeilijkheden stuit bij de uitoefening daarvan”.²⁸¹⁰

989. *Gerechtigd karakter* – Met de (verplichte) ambtshalve opwerping van de nietigheidssanctie werd een eerste probleempunt verholpen. Evenwel blijft onze nietigheidssanctie op vandaag nog steeds een gerechtelijke sanctie, terwijl met “*het niet binden van de consument*” in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen duidelijk een buitengerechtelijke sanctie voor ogen werd gehouden. Door de wetgever wordt vaker gebruik gemaakt van de uitdrukking dat een beding “voor niet geschreven wordt gehouden” of “als niet geschreven wordt beschouwd”. De vraag rijst of de wetgever hiermee een andere sanctie vooropstelt dan de traditionele nietigheidssanctie, in het bijzonder een

²⁸⁰⁵ R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1873; S. STIJNS, “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Yvette Merchiers*, 2001, (921) 941; E. SWAENEPOL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 192. Contra: T. DE MEESE, “Commentaar bij het arrest van het Hof van Justitie van 27 juni 2000”, *TBH-Actualiteit* 2000, 670.

²⁸⁰⁶ Contra: J.-L. KERRELS en S. DECLOEDT, “Onrechtmatige bedingen”, in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (173) 195, die uit de rechtspraak van het Hof van Justitie steun putten voor de stelling dat de onrechtmatige bedingenleer gesanctioneerd wordt door een absolute nietigheid.

²⁸⁰⁷ I. DEMUYNCK, “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (50) 105. Zie ook P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 808.

²⁸⁰⁸ P. WÉRY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 808.

²⁸⁰⁹ Zie bv. Luik 6 februari 2006, *JLMB* 2008, 92, noot C. DELFORGE.

²⁸¹⁰ HvJ C-429/05, *Rampion v. Franfinance*, *Jur.* 2007, I, 08017, overweging 65. Zie in dit vervand ook C. DELFORGE, “Clauses abusives, office du juge et renonciation”, (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, (93) 96 en M. VERHOEVEN, “Zaak C-429/05, Max Rampion en Marie-Jeanne Godard t. Franfinance SA en K par K SAS”, *SEW* 2008, 120-124.

buitengerechterlijke sanctie.²⁸¹¹ Sommige auteurs houden vast aan de traditionele relatieve nietigheid, terwijl anderen teruggrijpen naar verlaten figuren, zoals de onbestaande rechtshandeling. Nog anderen lijken aan te leunen bij bestaande figuren, zoals de niet tegenwerpbaarheid.²⁸¹² STIJNS meent dat er zou moeten worden geopteerd voor een nieuw concept dat onder één duidelijke noemer als nieuwe sanctie wordt vooropgesteld, bijvoorbeeld de onwerkzaamheid van het verboden beding.²⁸¹³

In dit verband willen we tot slot wijzen op een ophefmakend arrest van het Hof van Cassatie van 25 april 2003.²⁸¹⁴ Met dit arrest heeft het Hof beslist dat de partij die beschermd wordt door een dwingende wetsbepaling, niet moet wachten tot de rechter de nietigverklaring heeft uitgesproken van een verboden beding, maar toepassing kan eisen van haar recht dat zij rechtstreeks uit de wet mag putten.

990. *Cass. 25 april 2003* – In een handelshuurovereenkomst die in de jaren '60 was gesloten, werd bepaald dat iedere driejarige herziening van de huurprijs uitgesloten was. Deze clause is in strijd met artikel 6 handelshuurwet. Wanneer de verhuurder begin jaren '90 de herziening van de huurprijs vraagt, wordt deze vordering door de rechter afgewezen. De rechter oordeelt dat de tienjarige verjaringstermijn van artikel 1304 B.W. toegepast moet worden op de vordering tot nietigverklaring van het beding wegens strijdigheid met artikel 6 Handelshuurwet. Alvorens de huurprijs herziening te kunnen vorderen, dient de betrokken partij volgens de rechter het beding te laten vernietigen. Zo'n vordering tot nietigverklaring kan echter niet meer ingesteld worden, aangezien deze verjaard is.

Eiser in cassatie voert aan dat artikel 6 handelshuurwet van dwingend recht is en dat het derhalve aan de partijen toelaat een herziening van de huurprijs te vragen in de periodes en binnen de termijnen dat het bepaalt, *“ongeacht elk strijdig contractueel beding dat voor niet geschreven moet worden gehouden”*. Eiser in cassatie houdt dan ook voor dat de uitoefening van dit dwingend recht niet onderworpen is aan de voorafgaandelijke instelling van een vordering tot nietigverklaring van een daarmee strijdig beding. Het Hof van Cassatie volgt deze redenering: *“Overwegende dat de partijen, krachtens artikel 6 van de Handelshuurwet, het recht hebben om bij het verstrijken van elke driejarige periode de herziening van de huurprijs te vragen, mits zij voldoen aan de verder in dit artikel bepaalde vereisten; Dat die bepaling van dwingend recht is ter bescherming van zowel de huurder als de verhuurder, en geldt niettegenstaande daarmee strijdige bedingen in de huurovereenkomst; Dat de verhuurder aldus de bescherming van artikel 6 rechtstreeks uit de Wet put en niet uit een conventioneel*

²⁸¹¹ S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 419.

²⁸¹² Voor een bespreking van deze verschillende opvattingen, zie S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 48-51; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 420-422; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 305 e.v.

²⁸¹³ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 51; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 422.

²⁸¹⁴ *Cass. 25 april 2003, Pas. 2003, I, 877, TBBR 2005, 42*, noot P. Wéry. Voor een bespreking van dit arrest, zie I. CLAEYS, “Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?”, in X. (ed.), *Contractenrecht in beweging* 2004, (181) 190-195; S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 52-53; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 423-426; S. STIJNS, “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheussens*, 2006, (131) 140-141; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 310-311; P. WERY, “Nullité, inexistence et réputé non écrit”, in P. WERY (ed.), *La nullité des contrats*, 2006, (7) 29-32.

beding in de huurovereenkomst; Dat hij om de toepassing van dit recht te eisen niet verplicht is eerst de nietigverklaring te vorderen van de met dit recht strijdige bedingen in de huurovereenkomst.”

Op het vlak van de sanctionering van onrechtmatige bedingen heeft dit arrest slechts een beperkte draagwijdte. Bij onrechtmatige bedingen wordt een bepaald beding immers verboden door de wet. Derhalve put de consument immers niet rechtstreeks een recht uit deze dwingende wetgeving. Indien dit arrest bevestigd wordt, lijkt een eerste stap gezet in de richting van een buitengerechtelijke sanctionering van verboden bedingen.²⁸¹⁵

§3. Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008

991. *Niet-bindend karakter* – Overeenkomstig artikel 37 richtlijnvoorstel zijn oneerlijke bedingen niet bindend voor de consument. Kan de overeenkomst van kracht blijven zonder het beding, dan blijft deze overeenkomst bindend voor de partijen. Overeenkomstig overweging 54 richtlijnvoorstel “kunnen de lidstaten gebruik maken van ieder gewenst concept of element van het nationale verbintenissenrecht dat beantwoordt aan de doelstelling dat oneerlijke bedingen niet bindend zijn voor de consument”.²⁸¹⁶ Deze overweging bevestigt de keuze die met de Richtlijn Oneerlijke Bedingen reeds werd gemaakt, in die zin dat de invulling van de sanctie aan de lidstaten wordt overgelaten.²⁸¹⁷

TUSSENTIJD BESLUIT

992. *Richtlijn Oneerlijke Bedingen: een compromis* – Bovenstaande studie heeft aangetoond dat de Richtlijn Oneerlijke Bedingen een compromis vormt. In de Richtlijn zijn immers sporen terug te vinden van twee modellen die de nood aan een wetgevende en/of rechterlijke tussenkomst op het vlak van oneerlijke bedingen proberen te verklaren, met name de *misbruik van machtspositie-theorie* en de *transactiekosten-theorie*. Beide modellen leunen aan bij bepaalde nationale regelgevingen ter zake die reeds bestonden vóór de totstandkoming van de Richtlijn.

Dat de Richtlijn een compromis vormt tussen beide strekkingen, komt duidelijk naar voor in het materiële toepassingsgebied. Met de Richtlijn wordt de consument beschermd ten aanzien van het gebruik van standaardbedingen, wat in overeenstemming is met de transactiekosten-theorie. Anderzijds wordt deze bescherming ook uitgebreid tot niet afzonderlijk onderhandelde bedingen die geen standaardbedingen zijn. Daardoor komt de nadruk te liggen op het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheid in hoofde van de consument, waarmee de Richtlijn weer dichterbij komt aan te leunen bij de theorie inzake misbruik van machtspositie. Belangrijk is dat in het Belgische recht de bescherming onder de onrechtmatige bedingenleer werd uitgebreid tot de afzonderlijk onderhandelde bedingen.

993. *Ontoetsbaarheid van kernbedingen* – Met de ontoetsbaarheid van kernbedingen werd de onrechtmatigheidstoets op een belangrijk punt ingeperkt. Aan de hand van het Duitse en het Nederlandse recht werd een voorlopige invulling gegeven van het begrip *kernbeding*. Enkele criteria werden aangereikt om de kernbedingen van andere bedingen te onderscheiden: (i) kernbedingen

²⁸¹⁵ S. STIJNS, “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOEK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (25) 52-53; S. STIJNS, “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, 2008, (325) 425.

²⁸¹⁶ Zie ook H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 92.

²⁸¹⁷ E. SWAENPOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 189-190.

betreffen de essentialia van de overeenkomst alsmede de prijs, (ii) kernbedingen bepalen de kern van de prestatie, niet de modaliteiten ervan, (iii) kernbedingen omschrijven de prestaties op rechtstreekse wijze, (iv) kernbedingen mogen niet met een bepaling van de lijsten overeenstemmen, (v) kernbedingen behoren tot het wetsneutrale gebied, hetgeen inhoudt dat er geen wet in ruime zin gevonden wordt die het beding kan vervangen en (vi) kernbedingen liggen voor, wanneer de toetsing van deze bedingen een controle van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt. De invulling van de kernbedingen in de Richtlijn Oneerlijke Bedingen en in het Belgische recht stemt in grote mate overeen met de Duitse en Nederlandse invulling van kernbedingen. Kernbedingen zijn naar Belgisch recht de essentiële contractuele elementen, met name die contractuele bestanddelen die zorgen voor de bepaaldheid of bepaalbaarheid van het voorwerp van de overeenkomst zonder dewelke die objectief niet kan tot stand komen. Het zijn de bedingen uit de overeenkomst waar de contractuele hoofdprestaties, d.i. het voorwerp van de essentiële of kenmerkende contractuele verbintenissen, beschreven worden.

Als *ratio legis* voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen wordt, in het Nederlandse en in het Belgische recht, veelal opgeworpen dat een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer vermeden moet worden. In het Duitse recht wordt er vooral op gewezen dat kernbedingen een zaak van de vrije mededinging en de contractvrijheid uitmaken, en daarom aan een rechterlijke beoordeling moeten worden onttrokken.

994. *Transparantievoorbehoud bij kernbedingen* – Over het algemeen wordt aangenomen dat de ontoetsbaarheid van kernbedingen enkel geldt indien deze bedingen duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn. Onduidelijke en/of onbegrijpelijke kernbedingen zouden alsnog volledig getoetst kunnen worden op basis van de algemene toetsingsnorm. We hebben aangetoond dat het algemene transparantievereiste uit de Richtlijn beschouwd moet worden als een onderdeel van de algemene toetsingsnorm. In die zin kan een onduidelijk en/of onbegrijpelijk beding omwille van een schending van het transparantievereiste als oneerlijk worden gekwalificeerd. Dit is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Mede gelet op het Duitse recht hebben we geargumenteed dat het transparantievoorbehoud bij kernbedingen inhoudt dat de rechter een onduidelijk en/of onbegrijpelijk kernbeding enkel kan toetsen aan het transparantievereiste, en desgevallend daarom kan oordelen dat het beding oneerlijk is. Daarmee wordt het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties niet getoetst. De beperkte deur die in de Richtlijn wordt opengezet voor de toetsing van kernbedingen, brengt derhalve *geen* toetsing met zich mee van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

995. *Vervolg van het onderzoek* – In het volgende hoofdstuk gaan we dieper in op de ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer. We onderzoeken de argumenten die worden aangehaald ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van deze bedingen (*tweede onderzoeksvraag*). Daarnaast gaan we na in hoeverre de ontoetsbaarheid van kernbedingen een absolute uitsluiting van rechterlijke controle inhoudt (*derde onderzoeksvraag*).

HOOFDSTUK II. UITSLUITING VAN DE RECHTERLIJKE TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES IN DE ONRECHTMATIGE BEDINGENLEER: EIGEN THEORIEVORMING

996. *Overzicht en doelstelling* – In dit hoofdstuk wordt de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer kritisch bestudeerd. In de *eerste afdeling* zullen we aantonen dat de ontoetsbaarheid van kernbedingen geen absolute ontoetsbaarheid inhoudt. De uitsluiting van de toetsing van kernbedingen moet vooreerst gerelativeerd worden, gelet op de moeilijke afbakening van deze bedingen ten aanzien van exoneratiebedingen en (andere) inhoudsbepalende bedingen (§1). Vervolgens zullen we aantonen dat bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang bij verzekeringsovereenkomsten door de rechter getoetst kunnen worden, ook al zijn het kernbedingen (§2). Tot slot zullen we erop wijzen dat via de beoordeling van niet-kernbedingen aan de hand van kernbedingen, ook op onrechtstreekse wijze het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt gecontroleerd (§3).

In de *tweede afdeling* onderzoeken we de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer. We zullen aantonen dat de klassiek aangereikte argumenten ter rechtvaardiging van deze ontoetsbaarheid niet kunnen overtuigen. De uitsluiting van de toetsing van kernbedingen zal daarentegen onderbouwd worden aan de hand van de transactiekosten-theorie, met behulp van een rechtseconomische analyse van deze materie.

AFDELING I. KRITISCH ONDERZOEK NAAR DE REIKWIJDTE VAN DE ONTOETSBAARHEID VAN KERNBEDINGEN

§1. Afbakening van exoneratiebedingen, inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen

A. Inleiding

997. *Vaststelling* – In het gemeen contractenrecht blijkt het moeilijk om een duidelijke grens te trekken tussen exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen. Met de invoering van de onrechtmatige bedingenleer in de WHPC (nu WMC), en in het bijzonder met de expliciete uitsluiting van de toetsing van kernbedingen via de omzettingwet van 1998, rees een bijkomend afbakeningsprobleem. Niet alleen moeten exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen ten aanzien van elkaar worden afgebakend, ook het onderscheid met de kernbedingen moet scherp worden gesteld.²⁸¹⁸ Het belang van dat onderscheid mag niet onderschat worden. Exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen kunnen immers getoetst worden onder de onrechtmatige bedingenleer, terwijl kernbedingen in beginsel ontoetsbaar zijn. De vaststelling dat exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen in de praktijk moeilijk afgebakend kunnen worden van de kernbedingen, impliceert dat de (absolute) ontoetsbaarheid van kernbedingen minstens genuanceerd moet worden.

998. *Overzicht* – We vertrekken bij dit onderzoek vanuit het gemeen contractenrecht waar we de exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen situeren. We onderzoeken in het bijzonder de geldigheid en de eigenschappen van beide bedingen, teneinde afbakeningscriteria naar voor te brengen. Vervolgens bakenen we de exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen af van kernbedingen

²⁸¹⁸ Hierna wordt duidelijk dat kernbedingen een vorm van inhoudsbepalende bedingen zijn. Wanneer we de term *inhoudsbepalend beding* hanteren ter afgrenzing van kernbedingen, wordt enkel bedoeld op die inhoudsbepalende bedingen die geen kernbeding uitmaken.

in de onrechtmatige bedingenleer. Vooral het Nederlandse recht, en in het bijzonder de rechtspraak, zal daarbij een inspiratiebron zijn.

B. Exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen in het gemeen contractenrecht

1. Exoneratiebedingen

a. Definitie

999. *Beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid* – Een exoneratiebeding is een contractuele clausule waarbij een contractpartij stipuleert geheel of gedeeltelijk bevrijd te zullen zijn indien zijn contractuele aansprakelijkheid in het gedrang komt.²⁸¹⁹ Met dit beding wordt vooropgesteld dat de schuldenaar niet of slechts gedeeltelijk aansprakelijk zal zijn – en derhalve ook geen of slechts een gedeeltelijke schadevergoeding zal moeten betalen – in geval van niet-uitvoering, laattijdige uitvoering of gebrekkige uitvoering van één van zijn verbintenissen. Een exoneratiebeding beperkt derhalve de *secundaire* verplichting tot schadeloosstelling die voortvloeit uit de niet-nakoming van een *primaire* verbintenis. Daarmee wordt verondersteld dat de contractpartij in eerste instantie deze primaire verbintenis daadwerkelijk op zich heeft genomen, wat zal blijken uit de inhoudsbepalende bedingen in de overeenkomst.²⁸²⁰

Sommige auteurs omschrijven een exoneratiebeding als een beding dat de aansprakelijkheid *uitsluit* of *opheft*.²⁸²¹ Dergelijke omschrijving wekt ten onrechte de indruk dat enkel de clausules die de aansprakelijkheid *volledig uitsluiten*, en niet de clausules die de aansprakelijkheid *gedeeltelijk beperken*, als exoneratiebedingen kunnen worden gekwalificeerd. Aangezien beide soorten bedingen aan dezelfde regels onderworpen zijn, lijkt een ruime definitie van het begrip exoneratiebeding aangewezen.²⁸²²

²⁸¹⁹ N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 64; J.H. HERBOTS, “De exoneratiebedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (1) 3; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 160; S. STJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1260; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 1; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 26. De exoneratie van de buitencontractuele aansprakelijkheid wordt hierbij buiten beschouwing gelaten.

²⁸²⁰ E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1173. Het door DIRIX vooropgestelde criterium ter onderscheiding van exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen, met name het onderscheid tussen de *primaire* en de *secundaire* verplichting, kent grote navolging in de doctrine. Zie o.m. N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 65-66; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 420; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WÉRY (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 36; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN en F. DE LY, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 529; S. STJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1261; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 26.

²⁸²¹ Zie in deze zin o.m. L. CORNELIS, “Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass. 22 maart 1979), *RCJB* 1981, (196) 198; J.H. HERBOTS, “De exoneratiebedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (1) 3.

²⁸²² N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 64-65; E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1172; R. KRUTHOF, “Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge”, in X. (ed.), *In memoriam Jean Limpens*, 1987, (165) 166; STJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 160; S. STJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1260.

b. Geldigheidsvereisten

i. Algemeen kader

1000. *Principiële geoorloofdheid* – Over de principiële geldigheid van exonerationebedingen *in abstracto*, d.i. los van de concrete omstandigheden, bestaat eensgezindheid in de Belgische rechtspraak en rechtsleer. Ter staving van de geoorloofdheid van exonerationebedingen wordt verwezen naar de beginselen van de wilsautonomie en de contractvrijheid. Aangezien het (gemeenrechtelijke) contractuele aansprakelijkheidsregime van suppletieve aard is, zijn conventionele afwijkingen toegestaan.²⁸²³

1001. *Uitzonderingen op de geldigheid* – Op de principiële geldigheid van exonerationebedingen worden drie uitzonderingen aanvaard. Exonerationebedingen mogen (i) niet in strijd zijn met bijzondere wettelijke bepalingen van dwingend recht of van openbare orde, (ii) niet leiden tot de bevrijding voor persoonlijk bedrog en (iii) de overeenkomst niet uithollen.²⁸²⁴ Daarnaast mag het beroep op een exonerationebeding door de schuldenaar evenmin een vorm van rechtsmisbruik uitmaken.²⁸²⁵

Aangaande het uithollingsverbod verwijzen we naar onze eerdere uiteenzetting.²⁸²⁶ Hierna komen de specifieke bepalingen inzake exonerationebedingen uit de onrechtmatige bedingenleer aan

²⁸²³ Cass. 23 november 1987, *RW* 1987-88, 1359; Cass. 25 september 1959, *Pas.* 1960, I, 113; Cass. 28 juni 1928, *Pas.* 1928, I, 211; N. CARETTE, “Exonerationebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 66; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 593-594; L. CORNELIS, “Les clauses d’exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass. 22 maart 1979), *RCJB* 1981, (196) 200-201; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 51; E. DIRIX, “Exonerationebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1185; J.H. HERBOTS, “De exonerationebedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exonerationebedingen*, 1993, (1) 6-7; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN en F. DE LY, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 531-532; R. KRUTHOF, “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge”, in X. (ed.), *In memoriam Jean Limpens*, 1987, (165) 178; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 265; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 404; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 160; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1260; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, (689) 732; A. VAN OEVELEN, “Exonerationebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 10; A. VAN OEVELEN, “Exonerationeclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 33.

²⁸²⁴ Cass. 3 april 1959, *Arr. Cass.* 1959, 592; *Pas.* 1959, I, 773; N. CARETTE, “Exonerationebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 68 e.v.; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 595 e.v.; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 51; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 264 e.v.; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 408 e.v.; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 163 e.v.; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1262; A. VAN OEVELEN, “Exonerationebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 11; A. VAN OEVELEN, “Exonerationeclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 35 e.v.; WERY, *Droit des obligations*, 2010, 661 e.v.; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 805.

²⁸²⁵ N. CARETTE, “Exonerationebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 69-70; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 72-73; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 167.

²⁸²⁶ *Supra*, nrs. 694-717.

bod. Dit zijn bijzondere wettelijke bepalingen van dwingend recht waarmee exoneratiebedingen in overeenstemming moeten zijn.²⁸²⁷

2. Inhoudsbepalende bedingen

a. Definitie

1002. *Omschrijving van de inhoud van verbintenissen* – Inhoudsbepalende bedingen vormen in het Belgische recht zelden het voorwerp van afzonderlijk onderzoek, maar worden daarentegen stevast afgebakend van exoneratieclausules. Inhoudsbepalende bedingen omschrijven de inhoud van de opgenomen verbintenissen en leggen de *primaire* verbintenis(sen) vast waartoe de partijen zich bij de contractsluiting verbonden hebben. In die zin verschillen deze bedingen van exoneratiebedingen, die de *secundaire* verplichting tot schadeloosstelling wegens niet-nakoming van de primaire verbintenis regelen.²⁸²⁸ Een inhoudsbepalend beding omschrijft derhalve wat een contractpartij moet doen (*facere, non facere* of *dare*), terwijl een exoneratiebeding bepaalt in hoeverre die contractpartij aangesproken kan worden indien ze niet doet waartoe ze zich verbonden heeft.²⁸²⁹ Inhoudsbepalende bedingen beïnvloeden wel de aansprakelijkheid: zijn de aangegane verbintenissen beperkt, dan is de kans op aansprakelijkheid ook minder groot.²⁸³⁰

b. Geldigheidsvereisten

1003. *Principiële geoorloofdheid* – Inhoudsbepalende bedingen zijn in beginsel geoorloofd. Contractpartijen zijn vrij om zich al dan niet te verbinden. Bijgevolg kunnen zij ook de opgenomen verbintenissen nader of beperkter omschrijven.²⁸³¹ Omdat inhoudsbepalende bedingen onderscheiden moeten worden van exoneratiebedingen, wordt aangenomen dat de uitzonderingen op de geldigheid van exoneratiebedingen in beginsel (en volgens de meerderheid van de auteurs behoudens herkwalificatie) niet toegepast kunnen worden op inhoudsbepalende bedingen.²⁸³²

1004. *Uitzonderingen op de geldigheid* – Op de principiële geldigheid van inhoudsbepalende bedingen worden twee nuanceringen aangebracht. Vooreerst mogen inhoudsbepalende bedingen geen tegenstrijdigheden in de overeenkomst met zich mee brengen.²⁸³³ Volgend voorbeeld kan dat

²⁸²⁷ Meer hieromtrent, zie *infra*, nrs. 1014-1020.

²⁸²⁸ E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1173; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN en F. DE LY, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 529; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1261; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 2; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 26. Zie *supra*, nr. 999.

²⁸²⁹ N. CARETTE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht”, *Jura Falc.* 2004-2005, (63) 66.

²⁸³⁰ O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen in het gemeen recht en in het consumentenrecht”, in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, (41) 51.

²⁸³¹ E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1173; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 2.

²⁸³² E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1173; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 397-398; S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1261; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 26.

²⁸³³ E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1174; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1)

illustreren. De vermelding in de algemene verkoopsvoorwaarden van een handelaar in tweedehandse voertuigen dat de auto verkocht wordt “*op eigen risico van de koper*” en “*in de staat waarin het voertuig zich bevindt, door de koper gekend*”, vormt een geldig inhoudsbepalend beding. Bevat de overeenkomst daarentegen – naast bovenvermelde clausules – bedingen waarin de kwaliteiten van het voertuig en daaruit voortvloeiend ook de rijwaardigheid ervan worden omschreven, dan ligt een andere situatie voor. Dan leiden de inhoudsbepalende bedingen tot interne contradicties, wat verboden is.²⁸³⁴

Daarnaast mag een inhoudsbepalend beding er evenmin toe leiden dat de door één van de contractpartijen aangegane verbintenissen zodanig worden beperkt dat de essentiële doelstellingen van het contract worden uitgehold.²⁸³⁵ Een inhoudsbepalend beding mag de wezenlijke verbintenissen van de overeenkomst niet uithollen.²⁸³⁶

1005. *Sanctionering: herkwalificatie als exoneratiebeding* – Is één van bovenstaande uitzonderingen van toepassing, dan wordt in de doctrine aangenomen dat geen zuiver inhoudsbepalend beding voorligt. In dat geval zou veeleer sprake zijn van een *verkapte* of *vermomde exoneratiebeding*.²⁸³⁷ Ter illustratie grijpen we terug naar bovenstaand voorbeeld inzake de algemene voorwaarden van de handelaar in tweedehandse voertuigen. Wordt gestipuleerd dat de auto verkocht wordt “*op eigen risico van de koper*” en “*in de staat waarin het voertuig zich bevindt, door de koper gekend*” en worden in de algemene voorwaarden kwaliteiten toegeschreven aan het voertuig waaruit de rijwaardigheid moet blijken, dan zijn de inhoudsbepalende bedingen tegenstrijdig. De eerstgenoemde clausule wordt dan niet langer als een zuiver inhoudsbepalend beding beschouwd, maar veeleer als een (ongeoorloofd) exoneratiebeding.²⁸³⁸ Hetzelfde geldt voor een inhoudsbepalend beding dat de wezenlijke verbintenissen van de overeenkomst uitholt.²⁸³⁹

Door deze herkwalificatie van inhoudsbepalende bedingen tot (vermomde) exoneratiebedingen kunnen deze bedingen alsnog getoetst worden aan de geldigheidsvereisten voor exoneratiebedingen. Deze bedingen zullen veelal in strijd zijn met het uithollingsverbod.²⁸⁴⁰

3; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 27.

²⁸³⁴ A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 3; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 27. Zie tevens R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak: verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 530; R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 237.

²⁸³⁵ E. DIRIX, “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, (1171) 1174; A. VAN OEVELEN, “Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen”, in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 4; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 27.

²⁸³⁶ I. BANMEYER, “La loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, les clauses exonératoires et le pouvoir du juge”, *RRD* 1998, (9) 11; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 36.

²⁸³⁷ Zie J.H. HERBOTS, “De exoneratiebedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (1) 4-5.

²⁸³⁸ A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 27. Zie tevens R. KRUTHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 237.

²⁸³⁹ S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1261; A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSCHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 27.

²⁸⁴⁰ Zie ook S. STIJNS, “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, (1258) 1261.

3. Afbakening van (echte) inhoudsbepalende bedingen en (vermomde) exonerationbedingen

1006. *Algemeen* – Het onderscheid tussen exonerationbedingen en inhoudsbepalende bedingen is vanuit theoretisch oogpunt duidelijk: een inhoudsbepalend beding omschrijft wat een contractpartij moet doen (*primaire verbintenis*), terwijl een exonerationbeding bepaalt in hoeverre die contractpartij kan worden aangesproken indien ze niet doet waartoe ze zich verbonden heeft (*secundaire verbintenis*).²⁸⁴¹ Het belang van het onderscheid tussen beide clausules is niet gering. Er wordt immers aangenomen dat inhoudsbepalende bedingen in beginsel niet getoetst kunnen worden aan de geldigheidsvereisten voor exonerationclausules.²⁸⁴² Daardoor blijven ze in beginsel ontoetsbaar in het gemeen contractenrecht. Daarenboven dienen deze bedingen, in tegenstelling tot exonerationbedingen, niet restrictief te worden geïnterpreteerd.²⁸⁴³

a. Algemeen onderscheidingscriterium

1007. *Beoogde contractuele doel en de verwachtingen van de contractpartijen* – Voor een juiste kwalificatie van het beding “*moet het vernis van de gebezigde contractuele bewoordingen soms verwijderd worden*”.²⁸⁴⁴ De rechter zal het beding correct kunnen kwalificeren, indien hij het met de overeenkomst beoogde doel kan achterhalen. Daarbij is de kwalificatie die de partijen zelf aan het beding geven, niet doorslaggevend.²⁸⁴⁵ Het met de overeenkomst beoogde doel kan o.m. afgeleid worden uit de aard van het contract, de formulering ervan en de concrete omstandigheden. De rechter moet ook rekening houden met de wil van de contractpartijen en nagaan wat de contractpartijen van elkaar verwachten. Op die manier zou achterhaald kunnen worden of er al dan niet een verkapt exonerationbeding voorligt, waarbij de schuldenaar zijn verbintenis tot schadeloosstelling heeft willen beperken in geval van niet-nakoming van de echte gewilde en door de medecontractant verwachte contractuele verbintenis.²⁸⁴⁶

1008. *Belang van de formulering* – Volgende bedingen lijken in beginsel als inhoudsbepalende bedingen, en niet als exonerationbedingen, te moeten worden gekwalificeerd: “*We nemen enkel de verbintenis van tijdige levering op ons wanneer er geen problemen bij de assemblage van de wagen zullen rijzen*” en “*Wij verbinden er ons slechts toe een standplaats te verhuren en gaan geen enkele verbintenis van bewaarnemer aan*”. Een andere formulering van deze bedingen doet echter besluiten tot een kwalificatie als exonerationbeding: “*Wij zijn niet aansprakelijk voor gebeurlijke laattijdige leveringen ten gevolge van problemen bij de assemblage van de wagen*” en “*Wij zijn niet aansprakelijk*

²⁸⁴¹ *Supra*, nrs. 999 en 1002.

²⁸⁴² *Supra*, nr. 1003.

²⁸⁴³ CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 2001, 591; R. KRUTHOF, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN en F. DE LY, “Overzicht van rechtspraak (1981-1992) Verbintenissen”, *TPR* 1994, (171) 529; R. KRUTHOF, “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge”, in X. (ed.), *In memoriam Jean Limpens*, 1987, (165) 167.

²⁸⁴⁴ J.H. HERBOTS, “De exonerationbedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exonerationbedingen*, 1993, (1) 5.

²⁸⁴⁵ In de rechtspraak inzake parkingcontracten komen tegengestelde visies aan bod. In sommige uitspraken wordt het contract gekwalificeerd aan de hand van het beding, terwijl de overeenkomst elders gekwalificeerd wordt aan de hand van feitelijke omstandigheden. De rechter gaat er in dat laatste geval de werkelijke wil van de partijen na (zonder rekening te houden met het betrokken beding) en toetst nadien of het beding het voorwerp van de wezenlijke verbintenissen niet teniet doet. Zie M. FAURE, “De toepassing van exonerationbedingen in het parkeercontract”, *RW* 1982-1983, (2161) 2169-2170. Zie ook V. SAGAERT, *Parking- en garagecontracten*, 2001, 133.

²⁸⁴⁶ J.H. HERBOTS, “De exonerationbedingen in het gemeen recht”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exonerationbedingen*, 1993, (1) 5-6; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 398.

*voor beschadigingen aan het in bewaring gegeven voertuig, noch voor diefstal ervan en van de in het voertuig achtergelaten voorwerpen.*²⁸⁴⁷

b. Concretisering van het algemeen onderscheidingscriterium

1009. *Algemeen* – Het algemeen onderscheidingscriterium, met name het beoogde contractuele doel en de verwachtingen van de partijen, kan verder geconcretiseerd worden in enkele bijzondere criteria. Twee van deze criteria werden hierboven reeds kort aangehaald als uitzonderingen op de principiële geldigheid van inhoudsbepalende bedingen. Het derde criterium is een verbijzondering van het subjectieve luik van het algemene criterium.

1010. *Afwijkend beding in algemene voorwaarden is exoneratiebeding* – Wijkt een clausule uit de algemene voorwaarden af van hetgeen elders in de overeenkomst omtrent de draagwijdte van de betrokken verbintenis wordt gesteld, dan wordt aangenomen dat wellicht een exoneratiebeding voorligt.²⁸⁴⁸ Het beding zal in dat geval aan de geldigheidsvereisten van exoneratiebedingen moeten worden getoetst.

KRUIITHOF gaat in dit verband nog een stap verder. Indien de draagwijdte van de betrokken verbintenis omschreven wordt in de bijzondere contractuele bepalingen en de algemene contractvoorwaarden een strijdig (exoneratie)beding bevatten, dan zou men het exoneratiebeding ook gewoon terzijde kunnen schuiven op grond van de overweging dat, overeenkomstig de bedoeling van partijen, bijzondere bedingen voorrang moeten hebben op de algemene contractvoorwaarden.²⁸⁴⁹

1011. *Beding dat een wezenlijke verbintenis dermate beperkt dat het voorwerp van de overeenkomst wordt uitgehold, is een ongeldig exoneratiebeding* – Partijen kunnen in een inhoudsbepalend beding hun wederzijdse rechten en plichten vastleggen en beperken. Wel moeten de contractuele kern of de wezenlijke verbintenissen altijd gerespecteerd worden. Een inhoudsbepalend beding mag er derhalve niet toe leiden dat de door één van de contractpartijen aangegane wezenlijke verbintenissen dermate worden beperkt dat de essentiële doelstellingen van het contract worden uitgehold. In dat geval ligt immers een (vermomd) exoneratiebeding voor. Het exoneratiebeding zal ongeldig zijn, aangezien het een wezenlijke verbintenis teniet doet.

1012. *Bedoeling van partijen met het beding* – Een andere manier om inhoudsbepalende bedingen te onderscheiden van (vermomde) exoneratiebedingen, bestaat erin de werkelijke bedoeling van de contractpartijen te achterhalen bij toepassing van artikel 1156 B.W.²⁸⁵⁰ Is het voor de rechter niet mogelijk om de werkelijke gemeenschappelijke bedoeling van de contractpartijen te achterhalen, dan kan op basis van de interpretatieregels neergelegd in artikel 1157 e.v. B.W. de vermoedelijke gemeenschappelijke bedoeling van de contractpartijen worden opgespoord.²⁸⁵¹ Daarbij moet de rechter wel voor ogen houden dat hij, onder de dekmantel van de interpretatie, noch de contractuele bedingen

²⁸⁴⁷ Deze voorbeelden werden ontleend aan R. KRUIITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 236. Zie tevens A. VAN OEVELEN, “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 26-27.

²⁸⁴⁸ *Supra*, nrs. 1004-1005.

²⁸⁴⁹ R. KRUIITHOF, “Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen”, *TPR* 1984, (233) 238; R. KRUIITHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 496-497.

²⁸⁵⁰ Zie E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (393) 398.

²⁸⁵¹ Zie R. KRUIITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, “Overzicht van rechtspraak: verbintenissen (1981-1992)”, *TPR* 1994, (171) 449; R. KRUIITHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 500.

mag wijzigen noch mag weigeren aan de overeenkomst de gevolgen toe te kennen die het wettelijk tussen partijen dient te hebben.²⁸⁵² Bij aanhoudende twijfel over de juiste interpretatie zal de rechter overeenkomstig artikel 1162 B.W. de overeenkomst uitleggen ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft.²⁸⁵³

C. Exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen versus kernbedingen in consumentencontracten

1. Exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen in de onrechtmatige bedingenleer

1013. *Belang van een correcte kwalificatie* – Zowel exoneratiebedingen als inhoudsbepalende bedingen kunnen door de rechter op hun rechtmatigheid getoetst worden binnen de onrechtmatige bedingenleer. Ook in een consumentencontract is een correcte kwalificatie van het beding echter belangrijk. Exoneratiebedingen worden in de eerste plaats getoetst aan één of meerdere bepaling(en) uit de zwarte lijst, en slechts subsidiair aan de algemene toetsingsnorm van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Een inhoudsbepalend beding – voor zover het geen kernbeding uitmaakt²⁸⁵⁴ – kan daarentegen enkel getoetst worden aan de open norm van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC), waardoor de rechter bij de beoordeling van de rechtmatigheid over een ruimere appreciatiemarge beschikt.

a. Exoneratiebedingen

1014. *Overzicht* – Het gebruik van exoneratiebedingen in een consumentencontract wordt in de onrechtmatige bedingenleer aan banden gelegd door drie bepalingen uit de zwarte lijst: artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC), artikel 74, 25° WMC (oud art. 32, 22bis° WHPC) en artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC).²⁸⁵⁵ Gelet op de beperkte draagwijdte van het verbod van artikel 74, 25° WMC (oud art. 32, 22bis° WHPC) (“*de wettelijke aansprakelijkheid van de onderneming uitsluiten of beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument ten gevolge van een doen of nalaten van deze onderneming*”), gaan we enkel dieper in op de andere twee bepalingen uit de zwarte lijst.²⁸⁵⁶

i. Artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC)

1015. *Algemene inhoud* – Deze bepaling beschouwt als onrechtmatig de bedingen die ertoe strekken “*de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar grove schuld of voor die van haar aangestelden of lasthebbers, of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van een*

²⁸⁵² Zie in dit verband Cass. 19 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 817.

²⁸⁵³ *Supra*, nr. 892. Terecht plaatsen sommige auteurs een kanttekening bij het achterhalen van de bedoeling van de partijen met een bepaald beding. De vaak tegenstrijdige belangen van de partijen bemoeilijken deze zaak. Ook het feit dat het vaak gaat om standaardbedingen, of zelfs toetredingscontracten, staat het achterhalen van de bedoeling van de partijen vaak in de weg. Zie M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, 1999, 151; B. DUBUISSON, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, 2001, (33) 45; E. MONTERO, “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, 2001, (393) 401.

²⁸⁵⁴ *Infra*, nrs. 1024-1025.

²⁸⁵⁵ P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 805-806.

²⁸⁵⁶ Voor een bespreking van de exoneratiebedingen in het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008, verwijzen we naar E. SWAENEOEL, S. STIJNS en P. WÉRY, “Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives”, *DCCR* 2009, nrs. 84-85, (142) 198-199.

verbintenis die een van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt". Deze verbodsbepaling heeft enkel betrekking op exoneratieclausules.

1016. *Verreikende inhoudscontrole* – Ten aanzien van de gemeenrechtelijke regels inzake exoneratiebedingen houdt artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC) een verreikende inhoudscontrole in. Vooreerst wordt – naast de exoneratie van eigen opzet of bedrog – ook de exoneratie voor eigen grove schuld verboden. Daarnaast verbiedt dit beding ook een exoneratie voor opzet en grove schuld van aangestelden of lasthebbers. Tot slot wordt ook een verbod ingesteld op de bevrijding voor het niet-uitvoeren van een verbintenis die één van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt.²⁸⁵⁷

De invoering van deze bepaling werd toegejuicht. In het gemene recht stuitte het onderscheiden regime voor bevrijding van persoonlijke opzettelijke fout en van persoonlijke zware fout immers op kritiek, evenals de verschillende beoordeling van exoneratie voor eigen opzettelijke fout en voor die van hulppersonen. Met artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC) wordt – althans in consumentencontracten – aan die kritiek tegemoet gekomen: het adagium *culpa lata dolo equiparatur* wordt in ere hersteld en er wordt een identiek regime ingesteld voor de bevrijding van persoonlijke fouten en fouten van hulppersonen.²⁸⁵⁸ Anderzijds is deze bepaling ook niet vrij van gebreken. Zo werd de aansprakelijkheid van de zelfstandige uitvoeringsagenten over het hoofd gezien.²⁸⁵⁹ De bepaling hanteert ook de bewoordingen *ontslaan van aansprakelijkheid*, waardoor enkel de bedingen die de aansprakelijkheid van de onderneming (volledig) uitsluiten worden gevisieerd, en niet de bedingen tot beperking van haar aansprakelijkheid.²⁸⁶⁰

1017. *Exoneratie voor het niet uitvoeren van een verbintenis die één van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt* – In de doctrine wordt doorgaans aangenomen dat deze zinsnede het gemeenrechtelijke uithollingsverbod herneemt.²⁸⁶¹ Sommige auteurs oordelen echter dat deze zinsnede

²⁸⁵⁷ Zie CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 270. Zie ook A. VAN OEVELEN, "Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen", in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, 2009, (1) 21-22.

²⁸⁵⁸ Zie o.m. DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 406-408; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 164; S. STIJNS, "Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie", *RW* 2001-2002, (1258) 1263; A. VAN OEVELEN, "Exoneratieclausules", in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 42-43.

²⁸⁵⁹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 270; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 408; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (289) 308; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 164, voetnoot 129; P. WERY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 806.

²⁸⁶⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 409; E. DIRIX, "De bezwarende bedingen in de W.H.P.", in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken. Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, 1992, (289) 309; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 164; A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie", in X. (ed.), *Overeenkomstenrecht. XXVste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, 2000, (163) 195. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 270, die stelt dat dit onderscheid niet absoluut moet worden opgevat. Ook bedingen die *ertoe strekken* dat de aansprakelijkheid uitgesloten worden, vallen volgens deze auteur onder het verbod van art. 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC). In gelijkaardige zin, P. WERY, "Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002", *JT* 2003, (797) 806.

²⁸⁶¹ I. BANMEYER, "La loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, les clauses exonératoires et le pouvoir du juge", *RRD* 1998, (9) 15-16; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs", in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 66; O. VANDEN BERGHE, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht en in het consumentenrecht", in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, 2006, (41) 45; A. VAN OEVELEN, "Exoneratieclausules", in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT (eds.), *Nuttige tips voor goede contracten*, 2004, (26) 43; A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake

uit artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC) verder reikt dan het gemeenrechtelijke verbod.²⁸⁶² De rechtspraak zou immers niet snel geneigd zijn om te aanvaarden dat de niet-uitvoering van één van de voornaamste prestaties een uitholling van de overeenkomst met zich meebrengt die iedere zin of betekenis aan de overeenkomst zou ontnemen.²⁸⁶³ Er moet echter opgemerkt worden dat deze auteurs als gemeenrechtelijk criterium “*het ontnemen van iedere zin of betekenis aan de overeenkomst*” vooropstellen, en niet het tenietdoen van de wezenlijke verbintenissen. Wanneer als criterium voor het gemeenrechtelijk geldigheidsvereiste evenwel “*het tenietdoen van de wezenlijke verbintenis*” of “*de vernietiging van het voorwerp van de wezenlijke verbintenis*” wordt gehanteerd, dan lijkt o.i. nauwelijks een onderscheid te bestaan met “*de niet-uitvoering van een verbintenis die één van de voornaamste prestaties van de overeenkomst vormt*”.

ii. Artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC)

1018. *Catch-all bepaling* – Artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC), ingevoerd bij de omzettingwet van 1998, verbiedt bedingen die ertoe strekken “*op ongepaste wijze de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de onderneming of een andere partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de onderneming van een van haar contractuele verplichtingen*”. Het is een catch-all bepaling waarbij ieder beding wordt verboden dat de verbintenissen van de onderneming minimaliseert waardoor op ongepaste wijze afbreuk wordt gedaan aan de wettelijke rechten van de consument.²⁸⁶⁴

1019. *Wettelijke rechten van de consument* – De wettelijke rechten van de consument die geïmpliceerd worden door artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC) zijn bijzonder ruim. Het betreft alle rechten waarover de consument op basis van het (suppletieve) recht beschikt, zoals het recht op conforme levering, het recht op ontbinding bij wanprestatie, het recht om zich op de *enac* te beroepen, het recht op schadevergoeding, ... De wettelijke rechten zijn echter niet beperkt tot deze wettelijke acties of excepties, maar omvatten ook de normale rechten die aan de consument toekomen op basis van het soort overeenkomst dat voorligt alsook de rechten die hem toekomen ten gevolge van een jurisprudentiële evolutie.²⁸⁶⁵

1020. *Ongepaste uitsluiting of beperking* – In tegenstelling tot artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC), kunnen exoneratiebedingen die de aansprakelijkheid *beperken* wel verboden worden op basis

de sancties bij contractuele wanprestatie”, in X. (ed.), *Overeenkomstenrecht. XXVIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, 2000, (163) 195; P. WERY, “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, (797) 806. Zie ook rapport DE COOMAN, *Parl. St. Senaat* 1990-1991, 1200/2, 39.

²⁸⁶² CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 270 en DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 122. Zie in dezelfde zin, G.L. BALLON, “Exoneratieclausules in de relatie leverancier-consument”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (33) 48-49.

²⁸⁶³ E. DIRIX, “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, (562) 569; G.L. BALLON, “Exoneratieclausules in de relatie leverancier-consument”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (33) 48-49; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 32-11°-7. Deze auteurs verwijzen steevast naar het cassatiearrest van 23 november 1987 (Cass. 23 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 371). Daarin verwierp het Hof een voorziening tegen een arrest dat de exoneratie, door een openbaar nutsbedrijf dat elektrische stroom levert aan abonnees, voor schade ten gevolge van stroomonderbrekingen, ongeacht de reden voor deze onderbreking, geldig achtte doordat het beding het voorwerp van de overeenkomst niet vernietigde. Datzelfde beding zou de rechtmatigheidstoets van artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC) niet doorstaan. Zie G.L. BALLON, “Exoneratieclausules in de relatie leverancier-consument”, in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, 1993, (33) 48-49.

²⁸⁶⁴ STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 167.

²⁸⁶⁵ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 277; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 422-423.

van artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC).²⁸⁶⁶ Het centrale beoordelingscriterium van deze bepaling vormt de *ongepaste* uitsluiting of beperking van de wettelijke rechten van de consument. De uitsluiting of beperking zal ongepast zijn, wanneer het redelijkerwijze niet te rechtvaardigen is of wanneer het de contractpartij juridisch voelbaar overbevoordeligt.²⁸⁶⁷ Onmiddellijk wordt duidelijk dat de rechter over een grote appreciatiemarge beschikt.

b. Inhoudsbepalende bedingen

1021. *Toetsing aan artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC)* – Inhoudsbepalende bedingen – die geen kernbedingen uitmaken²⁸⁶⁸ – worden in beginsel getoetst aan de open norm van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Volgens DEMUYNCK kan een inhoudsbepalend beding ook onder de onrechtmatige bedingenleer geherkwalificeerd worden als een vermoed of verkapt exoneratiebeding.²⁸⁶⁹ In dat geval zal het beding getoetst worden aan artikel 74, 13° WMC (oud art. 32, 11° WHPC) en/of artikel 74, 30° WMC (oud art. 32, 27° WHPC). De bewoordingen van artikel 74 WHPC (*die ertoe strekken*) en van de bijlage van de WOBVB (*die tot doel of tot gevolg hebben*) wijzen erop dat hun toepasselijkheid niet door de redactie van het beding, maar wel door het met het beding beoogde doel of het bereikte effect wordt bepaald.²⁸⁷⁰ CAMBIE lijkt daarentegen vast te houden aan de toetsing van deze bedingen onder de algemene norm. De inhoudsbepalende bedingen die tot gevolg hebben dat de overeenkomst onderling tegenstrijdig wordt en een uitholling inhouden van de hoofdbintenissen, kunnen omwille van een strijdigheid met het contractdoel getoetst worden aan de algemene norm.²⁸⁷¹

2. Afbakening van exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen

1022. *Belang van een correcte kwalificatie* – In de onrechtmatige bedingenleer volstaat het niet om exoneratiebedingen af te bakenen van inhoudsbepalende bedingen. De exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen moeten op hun beurt afgebakend worden van de kernbedingen. Die grens is vaak flinterdun.²⁸⁷² Opnieuw is een correcte kwalificatie uitermate belangrijk. Waar exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen door de rechter op hun rechtmatigheid getoetst kunnen worden in de onrechtmatige bedingenleer, worden kernbedingen in beginsel van iedere vorm van inhoudscontrole uitgesloten.

²⁸⁶⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 278; I. DEMUYNCK, “De onrechtmatige bedingen”, *AJT-Dossier* 1995-1996, (1) 8-9; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1862; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 32-11°-3. In andere zin, J.-L. KERRELS en S. DECLOEDT, “Onrechtmatige bedingen”, in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (173) 191.

²⁸⁶⁷ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 278-279; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 424.

²⁸⁶⁸ *Infra*, nrs. 1024-1025.

²⁸⁶⁹ Bijvoorbeeld indien het gaat om een afwijkend beding in de algemene voorwaarden of indien het beding een wezenlijke verbintenis dermate beperkt dat het voorwerp ervan wordt uitgehold. Zie *supra*, nr. 1004-1005 en 1010-1011.

²⁸⁷⁰ Vóór de omzettingwet van 1998 werden vermoede exoneratiebedingen nog vaak getoetst aan de open norm van oud art. 31, §1 WHPC (nu art. 2, 28° WMC), zonder dat een herkwalificatie als exoneratiebeding vereist was. De clausules die de aansprakelijkheid van de verkoper enkel beperkten, vielen vóór 1998 immers buiten het toepassingsgebied van de zwarte lijst van bedingen. De toevoeging van oud art. 32, 27° WHPC (nu art. 74, 30° WMC) maakt het evenwel niet langer noodzakelijk om in die gevallen een beroep te doen op de open norm. Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 123.

²⁸⁷¹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 183, voetnoot 825.

²⁸⁷² Zie ook S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 155. Tevens kort aangehaald bij de *Franse* auteur G. MEILHAC, “Le Nouveau Droit Français des Clauses Abusives: un Nouveau Départ pour le Juge?”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (291) 305.

a. Algemene onderscheidingscriteria

1023. *Omschrijving van kernbedingen (pro memorie)* – Kernbedingen zijn bedingen die betrekking hebben op de essentialia van de overeenkomst (inclusief de prijs). Ze bepalen op rechtstreekse wijze de kern van de prestaties, niet de modaliteiten ervan. Ze kunnen niet vervangen worden door regels van aanvullend recht, de gewoonte of de goede trouw.²⁸⁷³

i. Inhoudsbepalende bedingen versus kernbedingen

1024. *Kernbedingen als deelverzameling van de inhoudsbepalende bedingen* – Op het eerste gezicht lijken kernbedingen samen te vallen met de inhoudsbepalende bedingen. Beide bedingen omschrijven immers de *primaire* verbintenissen die de contractpartijen op zich nemen. Deze gelijkstelling zou volgens DEMUYNCK ook een parallelle analyse ten aanzien van het gemeen contractenrecht met zich meebrengen: inhoudsbepalende bedingen zouden niet enkel in het gemeen contractenrecht ontoetsbaar zijn doordat ze niet gelijkgesteld kunnen worden aan exoneratiebedingen, maar ook binnen de onrechtmatige bedingenleer zouden ze ontoetsbaar zijn door de kwalificatie als kernbeding.²⁸⁷⁴

Deze eerste bevindingen moeten onmiddellijk genuanceerd worden. Kernbedingen betreffen immers enkel de essentialia van de overeenkomst. Ze omschrijven enkel de hoofdprestaties, en dan nog wel op rechtstreekse wijze. Aan deze essentialia kunnen doorgaans de hoofdverbintenissen van de overeenkomst gekoppeld worden. Derhalve zijn enkel de *bedingen tot bepaling van de kern van de objectief wezenlijke verbintenissen van partijen* ontoetsbaar als duidelijke kernbedingen.²⁸⁷⁵ Alle kernbedingen zijn dan ook inhoudsbepalende bedingen, maar niet alle inhoudsbepalende bedingen kunnen als kernbeding gekwalificeerd worden.

1025. *Onderscheidingscriteria* – Ligt een inhoudsbepalend beding voor dat niet geherkwalificeerd kan worden als exoneratiebeding, dan kan dat beding in beginsel slechts getoetst worden aan de open norm van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). In dat geval zal moeten worden geargumenteed dat het betrokken beding geen kernbeding uitmaakt. De consument zal abstracte argumenten moeten inroepen, zoals “*dat het niet het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst betreft*”, “*dat het niet de kern van de prestaties aangeeft*”, “*dat het wel door een wettelijke regeling vervangbaar is*”, enz.

ii. Exoneratiebedingen versus kernbedingen

1026. *Beoogde contractuele doel en de verwachting van de contractpartijen* – Hierboven werd een criterium ter onderscheiding van exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen voorop gesteld, met name het beoogde contractuele doel en de verwachtingen van de contractpartijen. Dat algemene criterium werd geconcretiseerd aan de hand van enkele bijzondere criteria. Aangezien kernbedingen een vorm van inhoudsbepalende bedingen zijn, zouden diezelfde criteria in grote mate aangewend kunnen worden ter afbakening van de (vermomde) exoneratiebedingen.²⁸⁷⁶ Om een beding als kernbeding dan wel als (vermomd) exoneratiebeding te kwalificeren, zou de rechter in dat opzicht het beoogde contractuele doel en de verwachtingen van de contractpartijen moeten onderzoeken. Brengt het

²⁸⁷³ Zie uitgebreider *supra*, nrs. 838 e.v.

²⁸⁷⁴ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 420.

²⁸⁷⁵ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 420; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 117.

²⁸⁷⁶ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 120.

betrokken beding een afwijking van dat doel of van de verwachtingen van de contractpartijen met zich mee, dan zal het beding volgens deze criteria geen kernbeding, maar wel een (vermomd) exoneratiebeding uitmaken.

1027. *Afwijkend beding in algemene voorwaarden is een exoneratiebeding* – Ligt een tegenstrijdigheid voor tussen een clausule in de algemene voorwaarden en hetgeen elders over de draagwijdte van de betrokken wezenlijke verbintenis wordt bepaald, dan zal het beding uit de algemene voorwaarden vermoedelijk als een (vermomd) exoneratiebeding kunnen worden geherkwalificeerd.

1028. *Beperkte omschrijving waardoor het voorwerp van de overeenkomst wordt uitgehold* – Een inhoudsbepalend beding mag er in het gemeen recht niet toe leiden dat de door één van de contractpartijen aangegane verbintenissen dermate worden beperkt dat de essentiële doelstellingen van het contract worden uitgehold. In dat geval wordt immers aangenomen dat een (vermomd) exoneratiebeding voorligt. Het exoneratiebeding zal ongeldig zijn, aangezien het een wezenlijke verbintenis teniet doet. Een kernbeding is nu juist een inhoudsbepalend beding waarin het voorwerp van een wezenlijke verbintenis, met name een hoofdprestatie, wordt beschreven. Een beding zal als (vermomd) exoneratiebeding gekwalificeerd worden, wanneer het geen *loutere beschrijving* van het voorwerp van de wezenlijke verbintenis betreft, maar wanneer de wezenlijke verbintenis eigenlijk wordt *uitgehold* of *teniet gedaan*.

b. Rechtsvergelijkende oplossingen inzake de afbakening van exoneratie- en inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen

i. Het Nederlandse recht

1029. *Inhoudsbepalende bedingen v. kernbedingen* – In het Nederlandse recht is het onderscheid tussen (zuivere) inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen in beginsel minder problematisch door de opname van een verbod op bepaalde inhoudsbepalende bedingen in de grijze lijst. Dat verbod geeft op zichzelf al aan dat er wel degelijk een onderscheid bestaat tussen inhoudsbepalende bedingen en kernbedingen.²⁸⁷⁷ Overeenkomstig artikel 6:237, b N.B.W. wordt in een consumentencontract vermoed onredelijk bezwarend te zijn een beding “*dat de inhoud van de verplichtingen van de gebruiker wezenlijk beperkt ten opzichte van hetgeen de wederpartij, mede gelet op de wettelijke regels die op de overeenkomst betrekking hebben, zonder dat beding redelijkerwijs mocht verwachten*”.²⁸⁷⁸ Om inhoudsbepalende bedingen te toetsen in de Nederlandse algemene voorwaardenleer is een herkwalificatie tot exoneratiebeding of een toetsing aan de open norm derhalve overbodig. Van zodra aangetoond wordt dat het beding valt onder artikel 6:237, b N.B.W., kan het beding in geen geval nog een kernbeding uitmaken.²⁸⁷⁹

1030. *Exoneratiebedingen v. kernbedingen* – Artikel 6:237, b N.B.W. heeft betrekking op inhoudsbepalende bedingen en onderscheidt zich van exoneratiebedingen, die gevisceerd worden door artikel 6:237, f N.B.W. Overeenkomstig deze laatste bepaling wordt het beding dat de gebruiker of een derde geheel of ten dele bevrijdt van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, vermoed

²⁸⁷⁷ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 421.

²⁸⁷⁸ M.v.T. *Parl. Gesch.* Inv. 3, 5 en 6, 1727 en 1729.

²⁸⁷⁹ *Supra*, nr. 854.

onredelijk bezwarend te zijn. Zonder de bepaling van artikel 6:237, b N.B.W. zou het mogelijk zijn “de werking van deze bepalingen te ontgaan, door de omvang van de gebruiker zodanig te beperken dat een gebrekkige nakoming geen tekortkoming oplevert, zodat de wederpartij langs deze weg toch het recht op schadevergoeding of ontbinding uit handen zou worden geslagen.”²⁸⁸⁰ Of een beding gekwalificeerd moet worden als inhoudsbepalend beding of als exoneratiebeding, is minder relevant. Beide bedingen kunnen immers getoetst worden onder de grijze lijst van artikel 6:237 N.B.W. Valt een beding onder artikel 6:237, f N.B.W., dan kan het in geen geval een kernbeding uitmaken.

1031. *Illustraties uit de praktijk* – De moeilijke afbakening tussen de verscheidene bedingen in de praktijk kan geïllustreerd worden aan de hand van twee voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak.

1032. *Hoge Raad 19 september 1997 (Lotto-Assoud)*²⁸⁸¹ – In deze zaak verbrak de Hoge Raad een arrest van het Gerechtshof van 's-Gravenhage inzake de afbakening van kernbedingen. De feiten waren de volgende. De heer Assoud had de winnende nummers aangestipt op zijn Lotto-formulier, maar ontving van de SNS (d.i. de organisator Stichting der Nationale Sporttotalisator) geen uitbetaling. Het originele zoekformulier dat op één van de inleveradressen moet worden afgegeven en waarvan de deelnemer een kopie ontvangt, was immers zoek geraakt. SNS riep op artikel 10 en 24 van haar deelnemersreglement in, waarin bepaald werd dat (i) alleen de originele, van een stempelafdruk voorziene en tijdig bij het SNS ontvangen formulieren geldig kunnen deelnemen aan de Lotto en (ii) het SNS niet instaat voor schade vóór het tijdstip van afgifte bij het SNS ontstaan, en bijgevolg elke aansprakelijkheid voor fouten van zijn hulppersonen uitsluit. De Hoge Raad heeft in deze zaak beslist over de vraag of de bepalingen in het Lotto-reglement gekwalificeerd moeten worden als bedingen in algemene voorwaarden dan wel als kernbedingen zoals bedoeld in artikel 6:231, a N.B.W.

Het Gerechtshof van 's Gravenhage volgde de heer Assoud niet in zijn redenering tot aanvechting van die bepalingen. Het beoordeelde de betrokken bepalingen als “*spelregels voor de door SNS georganiseerde kansspelen met name ten aanzien van de speelwijze, de inrichting en distributie van de speelformulieren en de vaststelling van de winnaars*”. Het hof beschouwde de bepalingen derhalve als kernbedingen.

De Hoge Raad floot het hof terug in zijn ruime kwalificatie van het begrip kernbeding en oordeelde dat deze zo beperkt mogelijk moeten worden geïnterpreteerd. Enkel wanneer de bepalingen van zo'n wezenlijke betekenis zijn dat de overeenkomst zonder dit beding niet tot stand zou zijn gekomen of zonder dit beding er van wilsovereenstemming over het wezen van de overeenkomst geen sprake zou zijn, liggen kernbedingen voor. Artikel 24 van het reglement is trouwens een exoneratiebeding dat terug te vinden is onder artikel 6: 237, f N.B.W. Ook daarom kon er van een kernbeding geen sprake zijn.²⁸⁸² De zaak werd ten slotte naar het Gerechtshof te Amsterdam verwezen. Dat hof volgde de argumentatie van de heer Assoud niet. De artikelen 10 en 24 van het reglement dienden niet nietig verklaard te worden, noch op basis van de open norm van artikel 6:233, a N.B.W., noch op basis van artikel 6:237, f N.B.W.

1033. *Hoge Raad 16 mei 1997*²⁸⁸³ – Het Hof van 's Gravenhage sprak op 27 juni 1996 een arrest uit inzake de beoordeling van een clause uit de algemene voorwaarden van enkele Nederlandse openbare

²⁸⁸⁰ M.v.A. II, *Parl. Gesch.* Inv. 3, 5 en 6, 1728. Zie ook DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 126.

²⁸⁸¹ Hoge Raad 19 september 1997, *NJ* 1998, 6 en *TvC* 1998, 36, noot G.J. RIJKEN.

²⁸⁸² G.J. RIJKEN, (noot onder HR 19 september 1997), *TvC* 1998, (40) 40.

²⁸⁸³ Hoge Raad 16 mei 1997, *TvC* 1997, 323, noot G.J. RIJKEN.

nutsbedrijven (voor gas en electriciteit) en hun vereniging EnergieNed.²⁸⁸⁴ De clausele bepaalde als volgt: “*In principe wordt elektrische energie continu geleverd. Het bedrijf staat echter niet in voor de continuïteit van de levering. Indien zich omstandigheden voordoen, waardoor de levering wordt of moet worden onderbroken, zal het bedrijf het redelijkerwijs mogelijke doen om op de kortst mogelijke termijn de levering te hervatten.*” Dit beding werd door het hof als kernbeding gekwalificeerd en ontoetsbaar geacht. Een tweede clausele (“*Het bedrijf is jegens de aanvrager of gebruiker niet aansprakelijk voor schade aan personen of zaken ten gevolge van onderbreking van de levering*”) werd daarentegen op basis van artikel 6:237, f N.B.W. als onredelijk bezwarend beschouwd. De Hoge Raad bevestigde deze kwalificaties van het hof.

ii. Het Duitse recht

1034. *Afbakening (vermomde) exoneratiebedingen en kernbedingen* – Om de ontoetsbare kernbedingen van toetsbare (vermomde) exoneratiebedingen te onderscheiden²⁸⁸⁵, wordt in het Duitse recht het doel en het voorwerp van de overeenkomst in overweging genomen. In het bijzonder wordt nagegaan of het betrokken beding al dan niet op een ongebruikelijke of een onverwachte manier afwijkt van het doel en het voorwerp van de overeenkomst. Drie elementen zijn in het bijzonder van belang bij de afbakening, met name (i) de wettelijke bepalingen ter zake, (ii) het met de overeenkomst beoogde doel en (iii) het onverwachte karakter. Of het nu gaat om de omschrijving van een *primaire* verbintenis dan wel om de uitsluiting of beperking van de *secundaire* verbintenis tot schadeloosstelling, is irrelevant. Relevant is enkel of het doel van de overeenkomst al dan niet in gevaar komt.²⁸⁸⁶

Dit onderscheidingscriterium wordt door enkele auteurs naar voor geschoven als een geschikt criterium om ook naar Belgisch recht de ontoetsbare kernbedingen te onderscheiden van toetsbare (exoneratie)bedingen. Ook naar Belgisch recht zou de rechter bij zijn onderzoek naar het al dan niet onverwachte of ongebruikelijke karakter van een beding rekening moeten houden met (i) een vergelijking met het (suppletieve) wettelijke kader, (ii) de aard van het contract en het beoogde doel en (iii) de redelijkheid en de gewoonte.²⁸⁸⁷

D. Tussenbesluit

1035. *Moeilijk afbakening* – We hebben aangetoond dat de afbakening van kernbedingen ten aanzien van (vermomde) exoneratiebedingen in de praktijk niet zo eenvoudig is. Deze moeilijke afbakening tussen beiden nuanceert in ieder geval de principiële ontoetsbaarheid van kernbedingen die in de onrechtmatige bedingenleer wordt vooropgesteld.

Teneinde vermomde exoneratiebedingen – ze worden geacht vermomd te zijn als inhoudsbepalend beding waardoor de gelijkenis met kernbedingen treffend wordt – af te bakenen van de kernbedingen, wordt door enkele auteurs het Duitse criterium van het onverwachte of ongebruikelijke karakter van een beding als inspiratiebron vooropgesteld. Het al dan niet

²⁸⁸⁴ Hof 's Gravenhage 27 juni 1996, *TvC* 1996, 282, noot L.J.H. MÖLENBERGS, J.G.J. RINKS en G.J. RIJCKEN, *NTBR* 1996, 7, noot E.H. HONDIUS.

²⁸⁸⁵ Deze afbakening komt in het Duitse recht vooral aan bod bij het onderscheid tussen aanvaardbare en onaanvaardbare begrenzingen van de dekkingssomvang in verzekeringscontracten. Zie ook *infra*, nrs. 1052-1053.

²⁸⁸⁶ Zie o.m. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2009, 430; WOLF-LINDACHER-PFEIFFER, *AGB-Recht*, 1994, nr. 12. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 78; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbedingen?”, *TBBR* 2002, (413) 428.

²⁸⁸⁷ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 78; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbedingen?”, *TBBR* 2002, (413) 428.

ongebruikelijke karakter van een beding lijkt inderdaad een geschikt criterium ter onderscheiding van kernbedingen en (vermomde) exoneratiebedingen. Daartoe dient echter niet alleen het Duitse recht als inspiratiebron. Ook ons eigen gemeenrechtelijke basiscriterium ter onderscheiding van exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen vormt hiertoe een geschikte leidraad. Ook ter afbakening van kernbedingen ten aanzien van vermomde exoneratiebedingen moet “*het vernis van de gebezigde contractuele bewoordingen worden verwijderd*”, en moet in het bijzonder nagegaan worden of het beding overeenstemt met het contractuele doel en de verwachtingen van de contractpartijen.

1036. *Afschaffing van de notie ‘vermomd exoneratiebeding’?* – O.i. rijst de vraag of zelfs geen bijkomende stap moet worden gezet. De moeilijke afbakening tussen inhoudsbepalende bedingen en exoneratiebedingen lijkt in grote mate ook ingegeven te zijn door de redenering van de herkwalificatie van bepaalde inhoudsbepalende bedingen tot *vermomde of verkapte exoneratiebedingen*. Deze herkwalificatie moet toelaten deze inhoudsbepalende bedingen te toetsen aan het uithollingsverbod bij exoneratiebedingen. De herkwalificatie van het inhoudsbepalende beding lijkt evenwel ten onrechte afbreuk te doen aan het o.i. duidelijke onderscheid dat tussen exoneratiebedingen en inhoudsbepalende bedingen kan worden gemaakt. Een inhoudsbepalend beding omschrijft wat een contractpartij moet doen (*primaire verbintenis*), terwijl een exoneratiebeding bepaalt in hoeverre die contractpartij kan worden aangesproken indien ze niet doet waartoe ze zich verbonden heeft (*secundaire verbintenis*). Een consequente toepassing van het verbod op uitholling van de wezenlijke verbintenissen als zelfstandige geldigheidsvereiste op inhoudsbepalende bedingen, lijkt een omweg van de herkwalificatie als *vermomd exoneratiebeding* overbodig te maken. De rol van het uithollingsverbod bestaat erin de wezenlijke verbintenissen van de overeenkomst te vrijwaren²⁸⁸⁸, ongeacht of het gaat om een exoneratiebeding dan wel om een inhoudsbepalend beding.

§2. Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten

A. Inleiding

1037. *Vraagstelling* – Het moeilijke onderscheid tussen toetsbare inhoudsbepalende bedingen en ontoetsbare kernbedingen veruitwendigt zich in de praktijk vooral in verzekeringsovereenkomsten.²⁸⁸⁹ In verzekeringscontracten wordt de hoofdverbintenis van de verzekeraar en in het bijzonder de omvang ervan (d.i. de reikwijdte van de geboden dekking), vrijwel altijd omschreven in de algemene voorwaarden van de verzekeraar.²⁸⁹⁰ De vraag rijst of deze bedingen die de omvang van de dekking bepalen, al dan niet op hun (on)rechtmatigheid kunnen worden getoetst in de onrechtmatige bedingenleer. Anders gesteld, zijn de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten steeds ontoetsbare kernbedingen, of kunnen deze bedingen alsnog getoetst worden binnen de onrechtmatige bedingenleer?²⁸⁹¹

²⁸⁸⁸ *Supra*, nr. 697.

²⁸⁸⁹ In dezelfde zin, zie G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 33; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21. Zie ook de Duitse auteur, ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 338 e.v.

²⁸⁹⁰ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 48.

²⁸⁹¹ Zie in dit verband I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 414; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 33; NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 125.

1038. *Overzicht* – Onze aandacht gaat in de eerste plaats uit naar de afbakening van de toetsbare en ontoetsbare bedingen inzake de dekkingssomvang in verzekeringscontracten. Vervolgens richten we onze blik op overweging 19 van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen. Tot slot zullen we het relatieve belang van de onrechtmatige bedingenleer in verzekeringscontracten onderstrepen. Het Belgische verzekeringsrecht is immers uitgerust met specifieke instrumenten, waaruit we zullen besluiten dat de vraagstelling naar de kwalificatie van bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang als kernbedingen, aan belang inboet.

B. Afbakening van toetsbare en ontoetsbare bedingen inzake de dekkingssomvang

1. Uitgangspunt: bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang zijn kernbedingen

1039. *Terminologische opmerkingen* – Het begrip *dekking* is tweeledig. *Enerzijds* wordt hiermee gedoeld op de voorwaarden die vervuld moeten zijn opdat de verzekeraar zou tussenkomen. *Anderzijds* verwijst de term ook naar de door de verzekeraar te leveren prestatie wanneer een onder de overeenkomst vallend schadegeval zich voordoet. De omvang van dekking wordt in die zin bepaald door clausules tot bepaling van de dekkingsslimieten, zoals schadevrijstellingen of franchises en schadeplafonds.²⁸⁹² In het kader van deze uiteenzetting verwijzen we telkens naar de eerste inhoudsomschrijving van het begrip *dekking*.

1040. *Eigenlijke voorwerp van de overeenkomst* – Opdat clausules tot bepaling van de dekkingssomvang ontoetsbaar zouden zijn, moeten zij overeenstemmen met *het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, de kern van de prestaties en de wezenlijke bestanddelen van de overeenkomst*. Er moet dan ook worden bepaald welke de wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst zijn. Een verzekeringsovereenkomst is “een overeenkomst waarbij een partij, de verzekeraar, zich er tegen betaling van een vaste of veranderlijke premie tegenover een andere partij, de verzekeringsnemer, toe verbindt een in de overeenkomst bepaalde prestatie te leveren in het geval zich een onzekere gebeurtenis voordoet waarbij, naargelang van het geval, de verzekerde of de begunstigde belang heeft dat die zich niet voordoet”.²⁸⁹³

De wezenlijke bestanddelen van de verzekeringsovereenkomst zijn de partijen, de prestaties, de onzekere gebeurtenis (of het risico) en het verzekerde belang.²⁸⁹⁴ De Richtlijn Oneerlijke Bedingen verwijst naar het eigenlijke voorwerp van de verzekeringsovereenkomst met *het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar*.²⁸⁹⁵ Het voorwerp van de verzekeringsovereenkomst peilt naar de prestaties waartoe de verzekeraar en de verzekerde zich verbinden. Het betreft de dekking van een bepaald risico in hoofde van de verzekeraar tegen de betaling van de premie in hoofde van de verzekerde.²⁸⁹⁶ Het Hof van Cassatie verduidelijkte dat het voorwerp van een

²⁸⁹² J.L. FAGNART, “L’étendu de la garantie”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, 1995, (23), 23 e.v.

²⁸⁹³ Art. 1, A wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, BS 20 augustus 1992 (hierna *wet landverzekeringsovereenkomst* genoemd).

²⁸⁹⁴ M. FONTAINE, *Verzekeringsrecht*, 2006, 115-116. In dezelfde zin, P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2006, 2.

²⁸⁹⁵ Overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen.

²⁸⁹⁶ P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2006, 25; L. CORNELIS en R. GEELEN, “Toetsing aan het algemeen (verbintenissen)recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (art. 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst)”, *TBH* 1994, (381) 403; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 258.

verzekeringsovereenkomst de dekking van een bepaald risico tegen betaling van een premie omvat, en niet het verzekerde goed (of het gevaarsobject).²⁸⁹⁷

1041. *Ontoetsbaarheid van bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang* – Het beding dat de dekkingsomvang bepaalt, legt de wezenlijke verbintenis van de verzekeraar vast en bepaalt derhalve het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst. Clausules die de dekkingsomvang bepalen en die de prestatie van de verzekeraar nader omschrijven en afbakenen, moeten in beginsel dan ook als ontoetsbare kernbedingen worden gekwalificeerd.²⁸⁹⁸

Ook in de naburige rechtsstelsels wordt de ontoetsbaarheid van bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in de onrechtmatige bedingenleer bevestigd. In de Nederlandse voorbereidende werken van het N.B.W. wordt de volledige dekkingsomschrijving als kernbeding gekwalificeerd en expliciet van het toepassingsgebied uitgesloten.²⁸⁹⁹ De Nederlandse rechtspraak lijkt vast te houden aan de voorbereidende werken.²⁹⁰⁰ Ook in het Duitse recht is de dekkingsomschrijving als belangrijkste verplichting van de verzekeraar in beginsel ontoetsbaar als *Leistungsbeschreibung*.²⁹⁰¹

1042. *Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008*²⁹⁰² – Dit arrest van het Gerechtshof te Amsterdam illustreert de keuze van de Nederlandse wetgever om alle bedingen die de dekkingsomvang bepalen in een verzekeringsovereenkomst als kernbeding te kwalificeren. De feiten zijn de volgende. Appellant is een fysiotherapeut die zich bij geïntimeerde verzekerd heeft tegen het risico van arbeidsongeschiktheid. De polisvoorwaarden bepalen o.m. het volgende: **“Artikel 8 Uitbetaling terzake van arbeidsongeschiktheid** – De van dag tot dag verkregen wordende periodieke uitkering (sic), tot de in de polis vermelde daguitkering, wordt uitbetaald op de laatste dag van elke kalendermaand. Beëindiging van de verzekering heeft tot gevolg, dat over dagen na het einde van de verzekering geen recht op uitkering bestaat. (...) **Artikel 17 Aanvang, duur en einde van de verzekering** – De verzekering neemt een aanvang op de in het polisblad vermelde ingangsdatum. De verzekering eindigt (...) c. aan het einde van enig kalenderjaar, indien de verzekeringsnemer tenminste twee maanden voordien de verzekering per aangetekend schrijven aan de maatschappij heeft opgezegd; (...) Bij beëindiging van de

²⁸⁹⁷ Cass. 14 september 2000, Arr. Cass. 2000, 1365, met conclusie adv.-gen. HENKES, Pas. 2000, 1339; Cass. 8 april 1999, Arr. Cass. 1999, 474 en TBH 1999, 855, noot I. CLAEYS. Zie ook P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2006, 26; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 258; STIJNS, *Verbintenissenrecht*, 2005, 96, voetnoot 122. Zie *supra*, nr. 6.

²⁸⁹⁸ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 424-425. We zien trouwens dat dit in de rechtspraak ook zo wordt toegepast. Bedingen die rechtstreeks of onrechtstreeks de omvang van de dekking bepalen of beperken (uitsluitings- en vervalbedingen), worden in de rechtspraak getoetst aan art. 14 controle-KB, en niet aan 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Zie bv. Antwerpen 12 september 2000, *TBBR* 2001, 556; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. ING Insurance), *TBH* 2003, 883, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. Fortis AG), *TBH* 2003, 893, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. DKB Belgium), *TBH* 2003, 900, noot.

²⁸⁹⁹ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 369; M.L. HENDRIKSE, “Algemene voorwaarden en verzekering”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (581) 583; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 50. Zie ook bij I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 424; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 132. Zie bv. Gerechtshof Arnhem 20 november 2007, *NJF* 2008, 135 en Gerechtshof Arnhem 28 augustus 2007, *NJF* 2007, 547.

²⁹⁰⁰ In een arrest van 9 juni 2006 (*NJ* 2006, 326) oordeelde de Hoge Raad dat de verzekeraar met de dekkingomschrijving in de polis, waarin bepaalde evenementen van dekking zijn uitgesloten, de grenzen heeft omschreven waarbinnen hij bereid was dekking te verlenen en dat dit de verzekeraar vrijstond om te doen. De Hoge Raad oordeelde om die reden dat een beroep van de verzekeraar op een dergelijke uitsluiting van dekking niet met succes kan worden afgeweerd met een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Uit dit arrest van de Hoge Raad blijkt impliciet dat de dekkingsuitsluitingen opgenomen in de polisvoorwaarden kernbedingen zijn. In dezelfde zin, Rechtbank Rotterdam 4 november 2009, zaaknummer 309575, www.rechtspraak.nl.

²⁹⁰¹ Zie o.m. WOLF-LINDMACHER-PFEIFFER, *AGB-Recht*, 2009, 389; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 422.

²⁹⁰² Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, zaaknummer 104.003.824, www.rechtspraak.nl.

verzekering vervalt elk recht op uitkering.” Met een schrijven op 23 oktober 2004 zegt appellant de verzekering op per 1 januari 2005, hetgeen door geïntimeerde bij tegenschrijven wordt bevestigd. Op 30 november 2004 wordt appellant getroffen door een hartaanval en meldt hij zich als arbeidsongeschikt bij geïntimeerde. Geïntimeerde kent aan appellant, met inachtneming van een wachtperiode van een maand, een uitkering toe vanaf 30 december 2004 tot 1 januari 2005. Uit inschikkelijkheid of gediensstigheid wil geïntimeerde tevens een eenmalige uitkering doen ten bedrage van 12.000 euro.

Het hof dient zich o.m. te buigen over de vraag of de artikelen 8 en 17 van de polisvoorwaarden kernbedingen zijn. Hierbij verwijst het hof naar de parlementaire geschiedenis. Daarin is de vraag aan bod gekomen hoe bij een verzekeringsovereenkomst bepaald moet worden of er sprake is van een algemene voorwaarde of van een kernbeding. Daaropvolgend werd door de minister opgemerkt – na te hebben aangegeven dat onder kernbedingen slechts bepalingen kunnen worden begrepen zonder welke de overeenkomst bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid nietig zou zijn – dat *“niet alle polisbepalingen die tezamen de omvang van de dekking regelen aan dit criterium voldoen, terwijl zij wel als kernbedingen onttrokken moeten zijn aan toetsing krachtens dit wetsontwerp”*. Het hof verwijst daarnaast nog naar volgende opmerking uit de wetgeschiedenis: *“Uiteraard zijn er overeenkomsten waarbij kernbedingen ook in voormelde beperkte zin opgevat, groot in aantal zijn; men denke aan de verzekeringsovereenkomst, waarbij de omvang van de dekking vaak in uitvoerige opsommingen van gedekte en uitgesloten risico’s is neergelegd. Doch dit betekent niet dat de gehele overeenkomst uit kernbedingen bestaat; in deze zin kan niet worden gezegd dat alle bedingen van de polis in een meer of minder verwijderd verband met de omvang van de dekking zouden staan. Tot de kernbedingen behoort bijvoorbeeld niet een beding waarbij in afwijking van de wettelijke competentieregeling een rechter bevoegd wordt verklaard, (...) of een bepaalde vorm voor verklaringen wordt geëist, (...) noch een beding waarbij is bepaald binnen welke termijn de verzekerde een schade moet aanmelden op straffe van verval van zijn rechten op uitkering.”* Het hof besluit hieruit dat *“een bepaling in een verzekeringsovereenkomst die rechtstreeks van invloed is op de omvang van de dekking niet als een algemene voorwaarde, maar als een kernbeding moet worden aangemerkt, voor zover dat beding (...) duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd”*.

Het hof stelt voorop dat de verzekering tot doel heeft bij arbeidsongeschiktheid van de verzekerde daguitkeringen te verstrekken, en dit overeenkomstig artikel 8 en 17 van de polisvoorwaarden, beperkt tot de looptijd van de verzekering. Het hof volgt appellante niet in de stelling dat deze bepalingen van de polisvoorwaarden als verval- resp. uitsluitingsbedingen moeten worden gekwalificeerd. De bedingen strekken ertoe de omvang van de dekking af te grenzen in de tijd en hebben derhalve een *rechtstreekse invloed op de omvang en de duur van de dekking*. De bepalingen bevatten derhalve essentialia van de verzekeringsovereenkomst, met name een duidelijke begrenzing van de dekking, en moeten derhalve als kernbedingen worden beschouwd.

1043. *Nuancering van de ontoetsbaarheid* – De stelling dat alle bedingen tot bepaling en tot afbakening van de dekkingsomvang ontoetsbaar zijn, moet genuanceerd worden. Sommige begrenzingen van de dekking zijn immers dermate onbillijk voor de verzekeringsnemer, dat de ontoetsbaarheid van dergelijke bedingen ertoe zou leiden dat de onrechtmatige bedingenleer haar doel voorbij schiet. Vooral in de Duitse doctrine lijken nogal wat auteurs zich achter deze nuancering te scharen.²⁹⁰³ Inzake bedingen aangaande de dekkingsomschrijving dringt zich een onderscheid op tussen toetsbare en ontoetsbare bedingen.

²⁹⁰³ Zie I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 413, met de verwijzingen daar opgenomen.

2. Opdeling tussen toetsbare en ontoetsbare bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang

a. Waaier aan clausules inzake de dekkingssomvang

1044. *Algemeen* – Teneinde het bovenvermelde onderscheid tussen toetsbare en ontoetsbare bedingen te kunnen maken, dient een overzicht te worden gegeven van de verschillende clausules tot bepaling of afbakening van de dekkingssomvang. De dekkingssomvang in een verzekeringsovereenkomst kan immers op verschillende wijzen worden bepaald. Vaak moeten verschillende relevante bepalingen uit de bijzondere en de algemene voorwaarden met elkaar in verband gebracht worden om een duidelijk beeld te krijgen van de dekkingssomvang.

1045. *Dekkingssomschrijving: verschillende mogelijke clausules* – Verschillende clausules leiden op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze tot de afbakening van de dekking die verleend wordt door de verzekeraar. Het kan o.m. gaan om (i) clausules die op positieve wijze de verleende dekking omschrijven, (ii) clausules tot bepaling van de voorwaarden tot dekking, (iii) clausules tot bepaling van de door de verzekerde te nemen maatregelen ter voorkoming van het verzekerde risico, (iv) uitsluitingsclausules, (v) clausules met betrekking tot de schorsing van de dekking, (vi) vervalclausules, (vii) clausules tot bepaling van de omstandigheden die een verzwaring van het risico impliceren, (viii) clausules tot bepaling van de dekkingsslimieten, ...²⁹⁰⁴

1046. *Illustratie* – Een verzekeraar wenst de dekking ten aanzien van diefstal bij zijn *omnium* autoverzekering te beperken tot wagens die op het ogenblik van de diefstal uitgerust zijn met een door de verzekeraar erkend en naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking.²⁹⁰⁵ De verzekeraar kan dit bereiken aan de hand van verschillende clausules die overeenstemmen met de hierboven beschreven categorieën:

(i) “Wordt verzekerd, het voertuig voorzien van een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking”

(ii) “Dekking wordt verleend op voorwaarde dat de verzekerde het voertuig laat uitrusten met een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking”

(iii) “Op de verzekerde rust de verplichting het voertuig uit te rusten met een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking. Niet-uitvoering van deze verbintenis geeft de verzekeraar het recht op vergoeding van de eruit voortvloeiende schade”

(iv) “Er wordt geen dekking verleend bij diefstal van het voertuig dat op het ogenblik van de diefstal niet voorzien is van een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking”

(v) “Zolang het voertuig niet uitgerust is met een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking, wordt de dekking geschorst”

²⁹⁰⁴ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 425; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 133. Zie ook R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3.”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 91-92.

²⁹⁰⁵ Zie voor een ander voorbeeld I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 426.

(vi) “Wordt vervallen verklaard van dekking, de verzekerde die het voertuig niet voorziet van een naar behoren functionerend elektronisch diefstalbeveiligingssysteem dat automatisch de werking van de motor verhindert door een dubbele motoronderbreking”

(vii) “Het niet naar behoren functioneren van het diefstalbeveiligingssysteem op het ogenblik van de diefstal, vormt een verzwaaring van het risico”.

1047. *Rechtstreekse bepaling van de dekkingssomvang* – Opdat een beding dat de dekkingssomvang van de verzekeraar (mee) bepaalt, als kernbeding kan worden gekwalificeerd, volstaat het niet dat dit beding de dekkingssomvang beïnvloedt. Het beding moet de hoofdprestatie van de verzekeraar *rechtstreeks* bepalen. Derhalve moet het beding op directe of rechtstreekse wijze de dekkingssomvang van de verzekeraar (mee) vastleggen.²⁹⁰⁶

Sommige van bovenstaande clausules beïnvloeden weliswaar de omvang van de wezenlijke verbintenis van de verzekeraar, doch bepalen de dekkingssomvang niet op rechtstreekse wijze en hebben dit ook niet tot doel. Dit geldt met name voor de clausules die een verplichting opleggen voor de verzekerde (clausule *iii*) alsook voor de clausules die een wanprestatie van de verzekerde sanctioneren (clausules *v*, *vi* en *vii*). Deze bedingen zijn geen kernbedingen en kunnen derhalve op hun rechtmatigheid worden getoetst.²⁹⁰⁷

1048. *Uitsluitingsclausules v. vervalclausules* – Aangezien vervalclausules slechts op onrechtstreekse wijze de dekkingssomvang van de verzekeraar (mee) bepalen, vormen deze bedingen geen kernbedingen en worden ze uitgesloten uit ons verdere onderzoek. *Uitsluiting van dekking* en *verval van prestatie* moeten duidelijk onderscheiden worden.²⁹⁰⁸ *Uitsluitingsclausules* bepalen de omvang van de dekking en omschrijven de gevallen waar er geen recht op dekking is. Daarbij is het voorliggen van een schadegeval in beginsel niet vereist. Bij *vervalclausules* voorziet de overeenkomst aanvankelijk wel in een dekking, maar verliest de verzekerde zijn recht op dekking door de niet-ervulling van een contractuele verplichting. Opdat verval van prestatie zou voorliggen is een contractuele wanprestatie en het voorliggen van een schadegeval vereist.²⁹⁰⁹

Afbakening tussen beiden is in de praktijk niet eenvoudig. De problematiek van het onderscheid tussen beiden manifesteert zich in de rechtspraak vooral bij diefstalverzekeringen van

²⁹⁰⁶ *Supra*, nr. 855. Zie I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 426; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 33.

²⁹⁰⁷ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 426. Zie ook het volgende voorbeeld van een vervalclausule aangehaald door JONGENEEL: een brandkast-clausule bij de verzekering van de voorraad van een juwelier hield in dat een maximumbedrag aan verzekerde zaken buiten de kluis mocht worden bewaard tussen sluitings- en openingstijd, op straffe van verval van uitkering. De rechtbank te Rotterdam oordeelde dat dit geen kernbeding betrof, aangezien de clausule niet het verzekerde risico omschrijft en het verzekerde risico evenmin beperkt of verruimt. Daarmee valt zij buiten de essentialia van de overeenkomst en kan zij niet worden aangemerkt als een beding dat de kern van de prestaties aangeeft. Zie Rb. Rotterdam 31 augustus 2005, *L.J.N.* AU 1838, aangehaald door R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3.”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 93.

²⁹⁰⁸ Zie bv. Brussel 3 april 2004, *RGAR* 2004, 13890 en Bergen 1 februari 2000, *RGAR* 2001, 13347.

²⁹⁰⁹ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 238; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 637. Zie in het bijzonder Antwerpen 18 april 2001, *De Verz.* 2002, 697, waar geoordeeld wordt dat kenmerkend voor uitsluiting van dekking is “dat een bepaald risico buiten het toepassingsveld van de verzekering valt en het derhalve betrekking heeft op de omvang van de dekking, terwijl verval als kenmerk heeft dat een principieel binnen het toepassingsveld van de verzekering vallend schadegeval geen aanleiding tot de verzekeringsprestatie oplevert, omdat een contractueel opgelegde verplichting niet werd nagekomen en tussen die niet-nakoming en het schadegeval een oorzakelijk verband bestaat.”

voertuigen en juwelen, enerzijds, en bij ongevallenverzekeringen, anderzijds.²⁹¹⁰ Zo is ook bovenstaande clause uit een diefstalpolis minstens voor drie interpretaties vatbaar, met name (i) als bepaling van de voorwaarden van dekking, (ii) als vervalclause ingeval van niet-functioneren van het alarmsysteem en (iii) als risicoverzwaarig bij afwezigheid of niet-functionering van het alarmsysteem.²⁹¹¹

Het onderscheid tussen beide soorten bedingen was lange tijd van belang voor het bewijs. Bij verval van dekking werd de bewijslast geacht op de verzekeraar te rusten, terwijl bij uitsluiting van dekking de bewijslast van dekking op de verzekerde rustte.²⁹¹² Met de arresten van het Hof van Cassatie van 7 juni 2001 en 18 januari 2002 vond een ommezwaai plaats in deze materie.²⁹¹³ Zowel het bewijs van een uitsluiting van dekking als het bewijs van een verval van dekking moeten voortaan geleverd worden conform artikel 1315, lid 2 BW.²⁹¹⁴ Een recent arrest van het Hof van Cassatie bevindt zich op dezelfde lijn: de bewijslast wordt bij de verzekeraar gelegd bij uitsluiting van dekking, ongeacht of de uitsluiting voortvloeit uit de wet (*fait intentionnel*) of uit de overeenkomst (zwarte fout vastgelegd in het contract).²⁹¹⁵ We bespreken hierna kort dit arrest, aangezien ook de toetsing van een beding aan de onrechtmatige bedingenleer aan bod komt.

1049. *Cass. 12 oktober 2007*²⁹¹⁶ – De feiten kunnen als volgt worden weergegeven. Een particulier koopt een tweedehandse wagen bij een garage. Hij betaalt slechts een deel van de koopprijs, maar sluit wel een aansprakelijkheidsverzekering voor zijn voertuig. Amper enkele dagen na de aankoop veroorzaakt hij een verkeersongeval, ten gevolge waarvan het voertuig zwaar beschadigd is. Er wordt vastgesteld dat de koper op het ogenblik van het ongeval onder invloed was van alcohol. De koper betaalt het saldo van de koopprijs niet en vraagt evenmin aan zijn verzekeraar om een betaling van de verzekeringsvergoeding. Daaropvolgend stelt de verkoper zelf een zijdelingse vordering in tegen de verzekeraar. Deze weigert uitbetaling van de vergoeding op basis van een clause in de verzekeringsovereenkomst. De clause die aan de orde was, bepaalt dat geen dekking wordt verleend wanneer de bestuurder zich op het ogenblik van het ongeval in een staat van alcoholintoxicatie bevindt, “*tenzij de verzekerde de afwezigheid van enig causaal verband zou aantonen tussen het feit dat aan de basis lag van de uitsluiting en het voorval*”.

De verkoper werpt op dat deze clause in strijd is met artikel 2, 28° WMC (oud 31 WHPC) en wordt hierin gevolgd door de rechtbank van eerste aanleg. De rechter oordeelt dat het beding

²⁹¹⁰ Zie J.L. FAGNART, “L’étendu de la garantie”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin sur le contrat d’assurance terrestre*, 1995, (23) 25 en L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 637, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

²⁹¹¹ J.L. FAGNART, “L’étendu de la garantie”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin sur le contrat d’assurance terrestre*, 1995, (23) 25; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 637.

²⁹¹² Zie Cass. 25 februari 2000, *TBBR* 2001, 169 en Cass. 5 januari 1995, *Arr. Cass.* 1995, *Pas.* 1995, I, 19. Zie ook M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 240 e.v.; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 637-638.

²⁹¹³ Cass. 18 januari 2002, *Pas.* 2001, 201 en Cass. 7 juni 2001, *Pas.* 2001, 1073. Zie de uitgebreide noot van FONTAINE dienaangaande: M. FONTAINE, “Déchéances, exclusions, définition du risque et charge de la preuve en droit des assurances”, (noot onder Cass. 7 juni 2001 en 18 januari 2002), *RCJB* 2003, 20-73.

²⁹¹⁴ Zie Cass. 13 april 2007, *TBH* 2007, 796, noot C. VAN SCHOUBROECK; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 243; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 646. Zie ook P. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2006, 75.

²⁹¹⁵ J. KIRKPATRICK, “La loi et la convention en matière de la preuve du lien de causalité entre la faute lourde de l’assuré conventionnellement exclue de l’assurance et le sinistre”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *RCJB* 2008, (542) 551-552 en 556.

²⁹¹⁶ Cass. 12 oktober 2007, *NJW* 2008, 120, noot G. JOCQUE, *RCJB* 2008, 527, noot J. KIRKPATRICK. Zie ook de bespreking van dit arrest door CAMBIE ter illustratie van de toepassing van de open norm: CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 168-170. Zie tevens H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 76-77.

onrechtmatig is, doordat het aan de verzekerde een negatief bewijs oplegt (met name het bewijs dat er geen enkele causaliteit bestaat tussen de alcoholintoxicatie en het ongeval), terwijl het positieve bewijs van het oorzakelijk verband tussen de intoxicatie en het ongeval veel gemakkelijker geleverd kan worden. De rechter besluit tot de nietigheid van het (gedeelte van het) beding inzake de bewijslastregeling en stelt vast dat hierdoor geen regeling inzake de bewijslast meer is opgenomen in de overeenkomst. De rechter besluit daaruit dat er nog steeds een onevenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen voorhanden is en verklaart diensgevolge de volledige clausule nietig.

Het Hof van Cassatie besluit dat de rechter in het bestreden vonnis wettig geoordeeld heeft dat de betrokken clausule een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen creëerde: *“En considérant que ‘la preuve positive à charge de [l’assureur] de l’intoxication alcoolique est nettement plus facile à apporter que la preuve qu’il n’existe aucun lien de causalité entre une intoxication alcoolique de l’auteur d’un accident de la circulation et ledit accident’, qu’il est aussi nettement plus facile de prouver qu’un accident est dû à l’intoxication alcoolique déjà avérée de son auteur que le contraire’, qu’il est notoire que, même quand l’alcool ne prive pas un conducteur du contrôle de ses actes, il est susceptible de ralentir ses réflexes’, qu’une présomption très forte existe donc qui, associée avec d’autres éléments, permet d’apporter la preuve du lien de causalité’, qu’en revanche, il est beaucoup plus malaisé de prouver que l’accident est survenu pour d’autres causes que l’alcoolémie déjà avérée d’un conducteur’, le jugement a pu légalement décider que la clause précitée créait un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties”*.²⁹¹⁷ Het Hof vernietigt daarentegen het bestreden vonnis daar waar het uitsluitingsbeding zelf wordt nietig verklaard. De feitenrechter stelde volgens het Hof ten onrechte vast dat er, na nietigheid van het deel van de clausule inzake de omkering van de bewijslast, geen bewijslastregeling meer toepasselijk was op de overeenkomst. Het Hof van Cassatie leidt uit de artikelen 8, lid 2 en 11 wet landverzekeringsovereenkomst immers af dat de verzekeraar die zich beroept op een dergelijk beding het oorzakelijk verband tussen de in de verzekeringsovereenkomst bepaalde zware fout en het ongeval moet bewijzen. De feitenrechter had aldus toepassing moeten maken van deze bewijslastregeling.

1050. *Positieve dekkingsbepalende clausules en negatieve uitsluitingsclausules* – De overblijvende bedingen aangaande bepaling van de dekkingsomvang zijn clausules die *ofwel* op positieve wijze de dekkingsomvang omschrijven (clausules *i* en *ii*) *ofwel* op negatieve wijze bepaalde situaties van dekking uitsluiten (clausule *iv*).

Het onderscheid tussen niet-verzekering en een uitsluitingsbeding bestaat erin dat een niet-verzekering betrekking heeft op risico's die volledig buiten het voorwerp van de overeenkomst, d.i. buiten de contractueel omschreven dekking, vallen. Uitsluitingen zijn daarentegen afwijkingen op het normaliter gedekte risico. Ze vormen derhalve *“un trou au sein d’une garantie préalablement déterminée”*.²⁹¹⁸ Dit onderscheid is relatief nieuw in het Belgische verzekeringsrecht, zeker in vergelijking met het van oudsher gekende onderscheid tussen verval van prestatie en uitsluiting van dekking.²⁹¹⁹

²⁹¹⁷ Eerder beoordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel een gelijkaardige clausule al in strijd met art. 14 controle-KB: *“En imposant à l’assuré la charge de la preuve d’un fait négatif, le plus souvent impossible à rapporter, l’assureur rompt cependant l’équivalence des prestations des parties”* (Kh. Brussel 16 juni 2003, TBH 2003, 883). Zie ook *infra*, nrs. 1065 e.v.

²⁹¹⁸ Zie J.L. FAGNART, “L’étendue de la garantie”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, 1995, (23) 25.

²⁹¹⁹ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 234.

b. Criteria ter afbakening van de toetsbare en ontoetsbare bedingen inzake dekkingsomschrijving

1051. *Algemeen* – Uitsluitingsbedingen kunnen niet *per se* de kwalificatie als kernbedingen worden ontzegd. Het zou al te gemakkelijk zijn te stellen dat positieve dekkingsbepalende clausules ontoetsbaar zijn, terwijl negatieve dekkingsbepalende clausules (of uitsluitingsclausules) wel toetsbaar zouden zijn. De formuleringswijze van een beding is immers niet doorslaggevend voor de kwalificatie als kernbeding.²⁹²⁰ De (positieve) dekkingsbepalende clausules en de (negatieve) uitsluitingsbedingen lijken beiden op rechtstreekse wijze de hoofdprestatie van de verzekeraar te omschrijven, en lijken in die optiek dan ook ontoetsbaar als kernbeding in de onrechtmatige bedingenleer.²⁹²¹ Toch moet de ontoetsbaarheid van deze bedingen genuanceerd worden.²⁹²²

i. Toetsing van ongebruikelijke beperkingen van de dekkingsomvang

1052. *Ongebruikelijk karakter van een beding* – Hierboven werd het al dan niet ongebruikelijke karakter van een beding als criterium vooropgesteld ter onderscheiding van (ontoetsbare) kernbedingen en (toetsbare) exoneratiebedingen. Datzelfde criterium is dienend om de toetsbare bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang te onderscheiden van de ontoetsbare bedingen. In de Duitse doctrine werd dat criterium trouwens daartoe ontwikkeld.²⁹²³ Het ongebruikelijke karakter van de dekkingsomschrijving of -afbakening wordt gebruikt als criterium ter onderscheiding van aanvaardbare ten aanzien van onaanvaardbare dekkingsbegrenzungen. Uitsluitingen moeten immers binnen redelijke grenzen gehouden worden. Een zinvol behoud van de overeenkomst vereist dat een ongebruikelijke, onverwachte beperking of uitsluiting van de dekking van het risico wel vatbaar is voor toetsing.²⁹²⁴

1053. *Duitse recht als illustratie* – Het onderzoek naar de aanvaardbaarheid van afgrenzingen van de verleende dekking in het Duitse recht situeert zich rond drie elementen, met name (i) de wettelijke bepalingen ter zake, (ii) het met de overeenkomst beoogde doel en (iii) het onverwachte karakter van de beperking. Teneinde te bepalen of een beperking onverwacht is, dient gekeken te worden naar het doel en naar het voorwerp van de overeenkomst. Niet de positieve of negatieve formulering van het beding is van belang, maar wel of het doel van de overeenkomst in gevaar komt.²⁹²⁵

²⁹²⁰ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 239; J.-L. FAGNART, “La requalification des clauses du contrat d’assurance”, in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, 2002, (665) 672-673; M.L. HENDRIKSE, “Algemene voorwaarden en verzekering”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (581) 584. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 427.

²⁹²¹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240. Aangaande de uitsluitingsbedingen, zie P. WERY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21.

²⁹²² Deze bedingen zullen in ieder geval toetsbaar zijn indien ze onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd zijn. In dat geval vindt veeleer toetsing plaats aan het transparantievereiste, dan dat het beding op zijn inhoud wordt getoetst. Zie *supra*, nrs. 904 e.v.

²⁹²³ Zie uitgebreid bij ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 339 e.v.

²⁹²⁴ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 428; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 136; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 33-34. In dezelfde zin, zie de Nederlandse auteur R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3.”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 94.

²⁹²⁵ ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 339 e.v.

Hierdoor wordt in het Duitse recht een lijn getrokken tussen de voor de overeenkomst ontoetsbare noodzakelijke kern, met daarin de omschrijving van de hoofdprestatie van de verzekeraar, en de toetsbare wijzigingen of beperkingen. Er gaan zelfs stemmen op om enkel de meest algemene dekkingsomschrijving die nog juist voldoet aan het voor het bestaan van de overeenkomst noodzakelijke bepaalbaarheidsvereiste, als kern van de dekkingsprestatie van de verzekeraar van toetsing uit te sluiten. Al wat dit beperkt of wijzigt, zou daarentegen toetsbaar zijn.²⁹²⁶

1054. *Navolging in het Nederlandse recht* – Ongeacht de Nederlandse parlementaire stukken pleit JONGENEEL ervoor om het standpunt van de Duitse doctrine te volgen. Hij brengt daartoe in herinnering dat de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen ligt in de uitsluiting van de *iustum pretium*-leer. Indien de toetsing van een bepaald beding niet tot gevolg heeft dat wordt getoetst of partijen een *iustum pretium* zijn overeengekomen, dan is dat beding ook geen kernbeding. Derhalve lijken enkel de onderdelen van de dekkingsomschrijving die tot de essentialia van de verzekeringsovereenkomst behoren, kernbedingen te zijn.²⁹²⁷

Ter illustratie verwijst deze auteur naar de opstalverzekering waarin hij als kernbedingen aanmerkt de verzekerde som, de premie en de omschrijving van het gevaarsobject. De omschrijving van de dekking kan echter voorwaarden bevatten die wel toetsbaar zijn, voornamelijk in geval van verrassende uitsluitingen. Zo kan een onderdeel van de dekkingsomschrijving als volgt luiden: “Verzekerd wordt tegen schade aan de verzekerde goederen door de gevaren als hierna genoemd: (...) Vandalisme (...) gepleegd ten opzichte van het gebouw. Schade aan gebouwen die leeg staan of buiten gebruik zijn, is uitgesloten”. De eerste zinsnede kan als kernbeding gekwalificeerd worden (“Verzekerd wordt tegen schade door vandalisme gepleegd ten opzichte van het gebouw”), want als die dekkingsomschrijving zou zijn gehanteerd, zou de overeenkomst nog net aan het bepaalbaarheidsvereiste voldoen. De volgende zinsnede (“Schade aan gebouwen die leeg staan of buiten gebruik zijn, is uitgesloten”) zou niet tot de kern behoren.

ii. Doorwerking van beperkingen in dekkingsomvang op de premie

1055. *Overweging 19, zinsnede 3 Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – In deze overweging wordt de ontoetsbaarheid van kernbedingen op twee wijzen genuanceerd. Vooreerst wordt aangegeven dat kernbedingen wel in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen.²⁹²⁸ Daarnaast wordt inzake verzekeringsovereenkomsten vooropgesteld dat “de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie”.²⁹²⁹ Opmerkelijk is dat de meeste auteurs nauwelijks aandacht besteden aan deze overweging (en de draagwijdte ervan), wellicht mede omwille van de bijzonder verwarrende formulering ervan.

²⁹²⁶ ULMER e.a., *AGB-Gesetz*, 1987, 339 e.v. Zie ook I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 428; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 137; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 48-49.

²⁹²⁷ JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 50.

²⁹²⁸ *Infra*, nr. 1074.

²⁹²⁹ De engelse versie luidt als volgt: “...whereas it follows, inter alia, that in insurance contracts, the terms which clearly define or circumscribe the insured risk and the insurer's liability shall not be subject to such assessment since these restrictions are taken into account in calculating the premium paid by the consumer.”

1056. *Vat vol onduidelijkheden* – Dat deze laatste zinsnede van overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen onduidelijk geformuleerd is, staat buiten kijf.²⁹³⁰ Zo wordt vooreerst aangenomen dat overweging 19, zinsnede 2 Richtlijn doelt op de verhouding tussen een kernbeding en een niet-kernbeding. Enkel de niet-kernbedingen zijn immers toetsbaar. De derde zinsnede lijkt (op basis van de formulering van de overweging) een toepassing van zinsnede twee. Evenwel gaat die (derde) zinsnede over verzekeringsovereenkomsten, en in het bijzonder over de verhouding tussen twee kernbedingen, met name de premie en de bepaling van de dekkingsomvang. Het prijsbeding wordt dus betrokken bij de beoordeling van een ander kernbeding, en bepaalt zelfs of het beding dat de omvang van de dekking bepaalt, al dan niet toetsbaar is.²⁹³¹

Een tweede onduidelijkheid lijkt het gevolg te zijn van een vertaalfout. De Nederlandstalige versie van de Richtlijn stelt dat “... *de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing zijn wanneer deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie*” (eigen onderlijning). Bedingen die beperkingen aan het verzekerde risico of aan de verbintenis van de verzekeraar opleggen zouden niet *a priori* ontoetsbaar zijn, doch enkel wanneer ze in aanmerking zouden worden genomen bij de berekening van de premie. In de Engelse versie van de richtlijn gebruikt echter de term *since* (aangezien). Dit impliceert dat bedingen ter bepaling van de dekkingsomvang altijd ontoetsbaar zouden zijn, aangezien de gestipuleerde beperkingen bij de prijsberekening betrokken werden, of men daarvan mag uitgaan.²⁹³²

In het Richtlijnvoorstel consumentenrechten 2008 werd deze overweging opnieuw opgenomen, doch licht aangepast: “... *Het centrale onderwerp van de overeenkomst en de prijs-kwaliteitverhouding spelen echter wel een rol bij de beoordeling van de eerlijkheid van andere bedingen. Bij verzekeringsovereenkomsten bijvoorbeeld dienen de bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar duidelijk omschrijven of afbakenen, niet het voorwerp van een dergelijke toetsing te zijn, aangezien deze beperkingen in aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie*”.²⁹³³ Met deze aangepaste versie werd de vertaalfout weggewerkt en wordt duidelijker aangegeven dat de derde zinsnede aangaande de verzekeringsovereenkomsten een illustratie vormt van de beoordeling van andere bedingen aan de hand van kernbedingen.

1057. *Draagwijdte* – Opdat kernbedingen ontoetsbaar zouden zijn, moeten ze vooreerst duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn. Dit algemene vereiste wordt inzake bedingen tot beperking van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten expliciet vooropgesteld in overweging 19 Richtlijn. Bedingen die het verzekerde risico en de verbintenis van de verzekeraar omschrijven, moeten dit risico en de aangegane verbintenis duidelijk omschrijven en afbakenen.²⁹³⁴

Daarnaast legt overweging 19 Richtlijn o.i. een tweede, bijkomende voorwaarde op voor de ontoetsbaarheid van die bedingen. Zo moeten de bedingen die het verzekerde risico beperken, mee in

²⁹³⁰ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 103; R.H.C. JONGENEEL, “Een richtlijn die weinig schade aanricht. De Richtlijn over onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1993, (117) 122.

²⁹³¹ DEMUYNCK spreekt hier over een schijnbare nieuwe categorie van toetsbare kernbedingen, met name kernbedingen die toetsbaar zijn omdat de erin opgenomen beperkingen niet bij de hoogtebepaling van de prijs of de verzekeringspremie in overweging werden genomen. Zie DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 103-104. Zie ook R.H.C. JONGENEEL, “Een richtlijn die weinig schade aanricht. De Richtlijn over onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1993, (117) 122.

²⁹³² DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 106. In dezelfde zin, R.H.C. JONGENEEL, “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (83) 95.

²⁹³³ Overweging 49 Voorstel voor een richtlijn.

²⁹³⁴ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 81.

aanmerking worden genomen bij de berekening van de door de consument betaalde premie. Verzekeringsspolissen die een beperkte dekking bevatten in hoofde van de verzekeraar, moeten derhalve goedkoper zijn om aan de eerlijkheidstoets te ontsnappen.²⁹³⁵ Het prijsargument speelt derhalve onrechtstreeks een versterkende rol bij de beoordeling of het gaat om een al dan niet toetsbaar beding tot beperking van de dekkingsomvang bij verzekeringscontracten: “Bevat de verzekeringsspolis onredelijk beperkende clausules, die nochtans duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn, dan kan de omstandigheid dat een gelijkaardige prijs als bij andere verzekeringsovereenkomsten geldt, wijzen op een probleem.”²⁹³⁶ De consument zou derhalve wel beschermd worden als hij een bepaalde beperking gezien de betaalde premie niet had hoeven te verwachten.²⁹³⁷

c. Toetsbaarheid van bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang: eigen theorievorming

1058. *Volledige inhoudelijke toetsing* – Allereerst zullen het transparantievereiste en het gebruikelijke karakter van bedingen getoetst worden. De rechter kan onduidelijke bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang als onrechtmatig beoordelen wegens een schending van het transparantievereiste. Verder worden ook ongebruikelijke bedingen – gelet op het wettelijke kader, het doel en de aard van de overeenkomst – aan de rechterlijke onrechtmatigheidstoets onderworpen.

Op basis van overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen moet besloten worden tot de volledige toetsing van de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang bij verzekeringscontracten. Deze overweging houdt immers in dat de bedingen die de dekkingsomvang duidelijk omschrijven en beperken, enkel van toetsing uitgesloten worden, indien deze bedingen mee in aanmerking werden genomen bij de berekening van de premie. Dat houdt in dat vooreerst moet worden nagegaan of de beperking van de dekkingsomvang doorgerekend werd in de premie.²⁹³⁸ Dit brengt al onmiskenbaar een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich mee. Wordt er vastgesteld dat de premie afgestemd werd op de dekkingsomvang, dan is het beding van verdere inhoudelijke toetsing binnen de onrechtmatige bedingenleer uitgesloten. Blijkt daarentegen dat de premie niet afgestemd werd op de beperking van de dekkingsomvang, dan wordt uit overweging 19 Richtlijn afgeleid dat het beding (verder) getoetst kan worden binnen de onrechtmatige bedingenleer.

Dit kan o.i. vereenvoudigd worden, aangezien uit het voorgaande blijkt dat bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang bij verzekeringen in ieder geval getoetst kunnen worden. Deze bedingen worden immers samen met de premie in overweging genomen. Blijkt de dekkingsbeperking doorgerekend in de premie (wat op zich al een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhoudt), dan rijst er geen probleem inzake de rechtmatigheid van de betrokken clausule. Is de dekkingsomvang daarentegen niet doorgerekend in de premie, dan houdt dit in dat de rechter het beding op zijn rechtmatigheid mag toetsen binnen de onrechtmatige bedingenleer. Dat de beperking van de dekkingsomvang niet doorgerekend werd in de prijs, is al een aanwijzing van het onrechtmatige karakter van het beding. Uiteraard rijst de vraag of in de praktijk steeds even

²⁹³⁵ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240. Zie ook NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 125.

²⁹³⁶ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 82.

²⁹³⁷ R.H.C. JONGENEEL, “Een richtlijn die weinig schade aanricht. De Richtlijn over onredelijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1993, (117) 122.

²⁹³⁸ FAGNART gaat ervan uit dat de verzekeraar de premie afstemt op de dekkingsomvang: “L’assureur détermine le montant de la prime en se référant à des statistiques de sinistres. Si le contrat d’assurance exclut un risque déterminé, la clause d’exclusion ne peut, par elle-même, entraîner une rupture de l’équilibre des engagements puisque les parties considèrent que la prime convenue correspond à l’obligation de l’assureur de prendre en charge les sinistres hormis ceux définis dans la clause d’exclusion”. Zie J-L FAGNART, “La réqualification des clauses du contrat d’assurance”, in X. (ed.), *Liber amicorum Lucien Simont*, 2002, (665), 675.

gemakkelijk achterhaald kan worden of de beperking van dekkingsomvang werd doorgerekend in de prijs.

1059. *Volledige toetsing van gestandaardiseerde dekkingsomschrijving* – Sommige auteurs hebben ook los van overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen gepleit voor een volledige toetsing van de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten. De door de Richtlijn ingevoerde controle op de inhoud van de overeenkomst wordt immers voornamelijk gerechtvaardigd door de afwezigheid van onderhandelingen. Daaruit leiden sommige auteurs af dat kernbedingen die niet het voorwerp van onderhandelingen hebben uitgemaakt, in bepaalde gevallen ook toetsbaar moeten zijn. Toetsbaarheid van die bedingen is dan in het bijzonder gerechtvaardigd “*in cases where competition would not be strong enough and the market would not be transparent enough to overcome the lack of individual negotiation of specific contracts*”.²⁹³⁹

1060. *Verzoening met de ontoetsbaarheid van kernbedingen* – Onmiddellijk rijst de vraag hoe deze toetsingsmogelijkheid kan worden ingepast in de keuze van de Europese wetgever om de toetsing van kernbedingen uit te sluiten in de onrechtmatige bedingenleer. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat de clausules ter bepaling van de dekkingsomvang bijna altijd opgenomen zijn in de algemene voorwaarden van verzekeringspolissen. De toetsing van deze bedingen op hun redelijke karakter ligt volledig in lijn met de *ratio legis* die later zal worden aangewezen voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen. Het gestandaardiseerde karakter van deze bedingen, gecombineerd met de afwezigheid van een vrije mededinging aangaande algemene voorwaarden, rechtvaardigt deze uitzondering op de ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer.²⁹⁴⁰

C. Het relatieve belang van de onrechtmatige bedingenleer voor verzekeringsovereenkomsten in het Belgische recht

1061. *Situering* – Hierboven hebben we de bedingen tot bepaling van dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten uitsluitend benaderd vanuit de onrechtmatige bedingenleer. Ook andere wettelijke bepalingen beïnvloeden echter de geldigheid van deze bedingen. Naast de wet landverzekeringsovereenkomst omvat het verzekeringsrecht ook verschillende wetten en KB's die betrekking hebben op de individuele contractsverhouding tussen de verzekeringsnemer en de verzekeraar.²⁹⁴¹ In het kader van dit onderzoek springt voornamelijk artikel 14 KB van 22 februari 1991 houdende algemeen reglement betreffende de controle op de verzekeringsondernemingen in het oog.²⁹⁴²

²⁹³⁹ M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair terms in consumer contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 241. Zie ook T. WILHELMSSON, “The scope of the Directive: non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Article 1 §1, 3 § 1, 4 §2)”, *discussiepaper in het kader van de door de Europese Commissie van 1-3 juli 1999 georganiseerde conferentie The Unfair Terms Directive, 5 years on*, 5, aangehaald door I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 428.

²⁹⁴⁰ *Infra*, nr. 1155.

²⁹⁴¹ Voor een overzicht, zie H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, “Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep ‘onrechtmatige bedingen’”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 218 e.v. Zie ook R.O. DALCQ en M.-A. CRIJNS, “Les relations entre assureurs et assurés en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (389) 408 e.v.

²⁹⁴² BS 11 april 1991 (hierna *controle-KB* genoemd). Zie H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 197; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar

1. Algemeen kader van de controlewet verzekeringen²⁹⁴³

1062. *Doelstelling* – De controlewet verzekeringen is van toepassing op verzekeringsondernemingen en strekt enkel tot organisatie van de controle op de activiteiten van verzekeringsondernemingen.²⁹⁴⁴ De wetgever tracht via de controle op de verzekeringsondernemingen het verzekeringspubliek te beschermen.²⁹⁴⁵ Deze wet vormt een instrument van publiek verzekeringsrecht. De grens tussen privaat en publiek verzekeringsrecht is echter vaag, aangezien de wetgever door middel van regels omtrent de uitoefening van de verzekeringsactiviteit ook tussenkomt in de contractuele verhouding tussen partijen.²⁹⁴⁶

1063. *Wets- en reglementsconforme voorwaarden: artikel 19 controlewet verzekeringen* – De controlewet verzekeringen voorziet in een controle op de contractvoorwaarden en de tarieven. Onder invloed van een dereguleringsgolf wijzigde de aard van deze controle van een preventief toezicht (*a priori*) naar een normatief toezicht (*a posteriori*), waardoor de slagkracht van dit toezicht gedeeltelijk verloren ging.²⁹⁴⁷ In het bijzonder moet gewezen worden op artikel 19 Controlewet, waarin het volgende bepaald is: “Voor het vaststellen en toepassen van hun tarieven en voorwaarden alsook van alle documenten die betrekking hebben op het sluiten en uitvoeren van de verzekeringscontracten, zijn de ondernemingen gehouden zich te gedragen naar de regels die krachtens deze wet door de Koning worden vastgesteld.” Aan de Koning wordt de bevoegdheid toegekend om in het kader van het overheids-toezicht op de gereglementeerde activiteit van de verzekeraar, de verplichting op te leggen aan de verzekeraar om in zijn contractsverhouding met de consument bepaalde bedingen op te nemen in de overeenkomst.²⁹⁴⁸ In geval van inbreuk op de door of krachtens de wet uitgevaardigde bepalingen kan de Controledienst voor de Verzekeringen de intrekking of aanpassing van de betrokken documenten van de verzekeraars eisen dan wel eisen dat de tarieven in evenwicht worden gebracht.²⁹⁴⁹

2. Artikel 14 controle-KB

1064. *Tweeledig karakter* – Artikel 14 controle-KB heeft een tweeledig karakter. In de eerste plaats wordt vereist dat de voorwaarden van verzekeringscontracten in duidelijke en nauwkeurige bewoordingen opgesteld worden. Daarnaast bepaalt dit artikel dat de voorwaarden van de

(onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 430; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 34; P. WERY en G. GATHEM, “Vue d'ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21.

²⁹⁴³ Wet 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen, *BS* 29 juli 1975 (hierna *controlewet verzekeringen* genoemd). Zie ook de bespreking bij R.O. DALCQ en M.-A. CRIJNS, “Les relations entre assureurs et assurés en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (389) 396.

²⁹⁴⁴ Art. 2, §2 controlewet verzekeringen.

²⁹⁴⁵ Artikel 1 controlewet verzekeringen bepaalt als volgt: “Deze wet heeft ten doel de rechten te beschermen van de verzekerden en van de derden betrokken bij de uitvoering van verzekeringscontracten en te dien einde de hoofdvoorwaarden en -regels vast te stellen waaraan de bedrijvigheid van de verzekeringsondernemingen onderworpen is, de controle op die bedrijvigheid te organiseren en bijzondere regels te bepalen voor de vereffening van de verzekeringsondernemingen.”

²⁹⁴⁶ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 240; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 45.

²⁹⁴⁷ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 230-231; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 2006, 49.

²⁹⁴⁸ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 240.

²⁹⁴⁹ Art. 21octies, par. 1 en 2 controlewet verzekeringen.

verzekeringsovereenkomsten geen enkele clause mogen bevatten die een inbreuk uitmaakt op de gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen van de verzekeraar en die van de verzekeringsnemer. De appreciatie hiervan komt toe aan de rechter.²⁹⁵⁰ Artikel 14 controle-KB is een specifiek middel dat ter beschikking staat ter bestrijding van het contractueel onevenwicht in verzekeringscontracten. Het belang ervan is deels verminderd door de minimumvoorwaarden die wettelijk opgelegd worden in de wet landverzekeringsovereenkomst voor specifieke verzekeringscontracten.²⁹⁵¹

1065. *Vereiste van duidelijkheid en nauwkeurigheid* – Volgens het Hof van Cassatie moet een regel als onduidelijk en onnauwkeurig worden beschouwd, indien haar betekenis voor een leek, niet-jurist onvoldoende blijkt uit haar bewoordingen.²⁹⁵² De rechtspraak paste dit transparantievereiste al meermaals toe.²⁹⁵³

Een inbreuk op het vereiste van duidelijkheid en nauwkeurigheid wordt gesanctioneerd op basis van artikel 19bis Controlewet: “*Alle clauses en overeenkomsten die niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van deze wet of van de besluiten en verordeningen ter uitvoering ervan worden geacht vanaf het sluiten van de overeenkomst opgesteld te zijn in overeenstemming met die bepalingen. (...) Zij (deze bepaling) is ook niet van toepassing op de tarieven.*” De sanctie bestaat dus uit een verplichte retroactieve wettelijke conversie.²⁹⁵⁴ Daarnaast eist de Controledienst voor de Verzekeringen de intrekking of omvorming van elk onwettig document met publicitair of contractueel karakter.²⁹⁵⁵ De conversie wordt als sanctie bekritiseerd. In het bijzonder rijst de vraag hoe de wettelijke conversie kan worden toegepast bij onduidelijke of onnauwkeurige bewoordingen.²⁹⁵⁶ De verzekeringsnemer zou ook een beroep kunnen doen op de gemeenrechtelijke interpretatieregels (o.m. artikel 1162 B.W.) of op het transparantievereiste van artikel 40, §1 WMC (oud art. 31, §4, lid 2 WHPC).²⁹⁵⁷

1066. *Conversie in plaats van nietigheid* – Aanvankelijk werd de nietigheid als sanctie vooropgesteld ingeval van schending van deze bepaling. De controlewet verzekeringen reglementeert de beroepsuitoefening en legt aan de verzekeraar verplichtingen op aangaande de contractvoorwaarden bij overeenkomsten met verzekeringsnemers. Daarbij worden geen dwingende regels vooropgesteld. In geval van nietigverklaring van een contractueel beding dat in strijd was met de controlewet

²⁹⁵⁰ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 242; P. COLLE, “La protection du consommateur d’assurance: loi impérative et clauses abusives”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, 1992, (1) 10.

²⁹⁵¹ H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK, “Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep ‘onrechtmatige bedingen’”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 230. Zie ook P. COLLE, “La protection du consommateur d’assurance: loi impérative et clauses abusives”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, 1992, (1) 11.

²⁹⁵² Cass. 9 april 1992, *RRD* 1992, 460, noot B. ROLAND.

²⁹⁵³ Antwerpen 12 september 2000, *TBBR* 2001, 556; Bergen 24 november 1993, *JLMB* 1994, 597; Luik 26 oktober 1992, *JLMB* 1993, 798; Bergen 7 november 1989, *RRD* 1990, 366; Bergen 31 mei 1989, *RGAR* 1992, 11967; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. ING Insurance), *TBH* 2003, 883, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. Fortis AG), *TBH* 2003, 893, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. DKV Belgium), *TBH* 2003, 900, noot.

²⁹⁵⁴ H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOU BROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 207; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 431; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 147.

²⁹⁵⁵ Art. 21octies controlewet verzekeringen.

²⁹⁵⁶ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 242.

²⁹⁵⁷ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 242; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 147.

verzekeringen of één van de uitvoeringsbepalingen ontstond een vacuüm. Het contractuele beding verdween uit de rechtsverhouding, maar werd niet vervangen door de inhoud van een dwingende regel. Met de conversie als sanctie verdwijnt dat probleem.²⁹⁵⁸

1067. *Vereiste van gelijkwaardigheid tussen verbintenissen* – Artikel 14 controle-KB legt tevens op dat de voorwaarden in verzekeringscontracten geen enkele clausule mogen bevatten die een inbreuk uitmaakt op de gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen van de verzekeraar en die van de verzekeringsnemer. Deze bepaling vormt een eigen wapen van het verzekeringsrecht ter bestrijding van het contractueel onevenwicht.²⁹⁵⁹

De formulering van artikel 14 controle-KB is opvallend, aangezien de gelijkwaardigheid tussen de *verbintenissen* van de verzekeraar en de verzekeringsnemer wordt vooropgesteld. Deze bepaling lijkt de toetsing van de contractuele rechten en plichten alsook de toetsing tussen de contractuele hoofdprestaties te omvatten. Binnen artikel 14 controle-KB lijkt dus ook wel ruimte te bestaan voor de toetsing van de kernbedingen, en in het bijzonder de bedingen tot bepaling van de dekkingsomschrijving.²⁹⁶⁰ Daarenboven lijken niet enkel *manifeste* verstoringen van de gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen in strijd met artikel 14 controle-KB.²⁹⁶¹ Waar de onrechtmatige bedingenleer de bedingen in hun onderlinge samenhang beoordeelt, beschouwt artikel 14 controle-KB veeleer elke clausule afzonderlijk.²⁹⁶² Voor het overige wordt artikel 14 controle-KB niet verder uitgewerkt. COUSY benadrukt dat de basisgedachte dezelfde lijkt te zijn als in de onrechtmatige bedingenleer. De rechter zou bij de interpretatie van artikel 14 controle-KB dan ook inspiratie kunnen putten uit de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC).²⁹⁶³

De sanctie op een schending van de gelijkwaardigheid tussen de verbintenissen is ook hier de wettelijke conversie. Er wordt opgemerkt dat deze sanctie moeilijk is toe te passen, tenzij men ze

²⁹⁵⁸ K. BERNAUW, “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (221) 244.

²⁹⁵⁹ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 413. Zie ook L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 194.

²⁹⁶⁰ Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. ING Insurance), *TBH* 2003, 883, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. Fortis AG), *TBH* 2003, 893, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. DKB Belgium), *TBH* 2003, 900, noot. Zie ook CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 79; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 431; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 195; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 77; P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21. Zie ook COB 12 van 21 oktober 2003, “Advies inzake een beding houdende eenzijdige aanpassing van een premie van een verzekeringspolis rechtsbijstand”, in B. PONET (ed.), *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, 2010, (86) 88. Zie evenwel in andere zin, H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 197-198. Zie ook impliciet in andere zin: H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, “Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep ‘onrechtmatige bedingen’”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 230.

²⁹⁶¹ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 431; G. GATHEM en J. LAFFINEUR, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les vendeurs et les consommateurs”, in X. (ed.), *Guide juridique de l’entreprise. Traité théorique et pratique*, 2006, (13) 34; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 195.

²⁹⁶² H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, “Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep ‘onrechtmatige bedingen’”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 229; H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 210; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 195.

²⁹⁶³ H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 205.

veeleer als een gerechtelijke conversie zou beschouwen en met name aan de rechter toelaat een volgens hem evenwichtige regeling in de plaats te stellen van de door partijen afgesproken regeling.²⁹⁶⁴ De Werkgroep onrechtmatige bedingen van de Commissie voor Verzekeringen heeft voorgesteld deze sanctionering te vervangen door volgende bepaling: “*Verboden en nietig zijn alle clausules en overeenkomsten die niet in overeenstemming zijn met de bepalingen van deze wet of van de besluiten en verordeningen ter uitvoering ervan. De overeenkomst blijft bindend voor de partijen, indien ze zonder de verboden of nietige clause kan voortbestaan.*” Met deze bepaling zou de sanctie van de controlewet verzekeringen in overeenstemming gebracht worden met de sanctie van de onrechtmatige bedingenleer uit de WMC (oude WHPC).²⁹⁶⁵

1068. *Beoordeling bedingen tot bepaling van dekkingsomvang* – De toetsing van de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang bij verzekeringscontracten gebeurt in de rechtspraak veelal aan de hand van artikel 14 controle-KB, en niet in het licht van artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC). Op die manier lijkt het heikele punt van de al dan niet ontoetsbaarheid van deze bedingen als kernbedingen te worden omzeild. Volgende uitspraken kunnen dit illustreren.

1069. *Antwerpen 12 september 2000*²⁹⁶⁶ – Het hof diende zich in deze zaak te buigen over volgende clause uit de algemene voorwaarden van de verzekeraar op basis waarvan hij weigerde dekking te verlenen: “*Het is uitdrukkelijk overeengekomen dat de waarborg diefstal slechts van kracht wordt na plaatsing van een door de maatschappij erkend elektronisch anti-diefstalsysteem en anti-diefstalgravure binnen een termijn van ten hoogste 30 werkdagen na de inwerkingtreding van de diefstaldekking van het contract en/of van de vervanging van het verzekerd voertuig*”. De verzekeringsnemer meende dat deze bepaling het evenwicht tussen de verbintenissen van de partijen schond overeenkomstig artikel 14 controle-KB. Het hof verwierp dit argument en oordeelde dat de premie berekend werd in functie van het te verzekeren risico. Het nemen van anti-diefstal maatregelen vermindert het risico op diefstal. De dekking werd voor het overeengekomen risico verleend, zodat de verzekeringsnemer geen recht had op dekking zolang hij naliet de gewenste beveiligingsmaatregelen te nemen. Bij de toetsing van dit beding tot bepaling van de dekkingsomvang aan artikel 14 controle-KB verwees het hof naar het prijsargument. De premie werd berekend in functie van het te verzekeren risico, en derhalve werd het beding in kwestie mee betrokken bij de premieberekening. Van een onevenwicht tussen de prestaties van de partijen was er geen sprake.

1070. *Kh. Brussel 16 juni 2003*²⁹⁶⁷ – Ook in de zaken die Testaankoop aanspande tegen een aantal verzekeringsmaatschappijen ging de rechtbank van koophandel over tot de toetsing van bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang aan artikel 14 controle-KB.

Een eerste beding dat beoordeeld werd, was het volgende: “*Il n’y a pas de droit au dédommagement en cas d’hospitalisation ou de maladie grave consécutives à un accident déjà survenu*”.

²⁹⁶⁴ H. COUSY, “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (195) 207. SCHUERMANS acht dergelijke interpretatie echter in strijd met het beginsel dat de rechter zich niet in de plaats kan stellen van de partijen, en zo de inhoud van de overeenkomst te wijzigen (L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 194). Voor een kritische beschouwing op de sanctie, zie ook P. COLLE, “La protection du consommateur d’assurance: loi impérative et clauses abusives”, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d’assurance terrestre*, 1992, (1) 11.

²⁹⁶⁵ H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, “Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep ‘onrechtmatige bedingen’”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 257.

²⁹⁶⁶ Antwerpen 12 september 2000, *TBBR* 2001, 556.

²⁹⁶⁷ Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. ING Insurance), *TBH* 2003, 883, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. Fortis AG), *TBH* 2003, 893, noot; Kh. Brussel 16 juni 2003 (Testaankoop t. DKV Belgium), *TBH* 2003, 900, noot.

avant la date de souscription ou d'une maladie dont les symptômes existaient déjà avant la date de souscription de l'assuré. La garantie est néanmoins accordée si la constatation de la maladie ou des conséquences de l'accident et les traitements consécutifs n'ont lieu qu'après une période de 3 ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'assurance." Testaankoop was van oordeel dat deze clausule het evenwicht tussen de contractuele verbintenissen schond, doordat ziektes waarvan de verzekeringsnemer niet op de hoogte was, van dekking werden uitgesloten. De rechtbank oordeelde dat, indien de hospitalisatie slechts enkele jaren na de contractsluiting voorvalt, de verzekeringsnemer gedurende jaren premies zou hebben betaald in de veronderstelling volledig gedekt te zijn voor een ziekte, waarvan hij het bestaan niet kende bij de contractsluiting. Volgens de rechtbank "*il serait dès lors contraire à l'équivalence entre les prestations des parties de ne pas limiter dans le temps cette exclusion*" (eigen onderlijning). Aangezien de verzekeraar in ieder geval dekking verleende na een periode van 3 jaar, was het evenwicht tussen de contractuele prestaties volgens de rechtbank niet geschonden.

Een ander beding waarover de rechtbank zich boog, luidde als volgt: "*La déchéance lorsque le sinistre garanti est provoqué par les cas, énumérés ci-après, de faute grave de la part de l'assuré, du preneur d'assurance ou du bénéficiaire ou par toute autre personne ayant un intérêt à toucher les allocations. (...) Sont considérées comme fautes graves : (...) ; toute forme d'intoxication par ou abus chronique d'alcool, de drogues ou de médicaments ou toute forme de toxicomanie, sauf si l'assuré peut démontrer qu'il n'existe aucun rapport de cause à effet entre cet état et le sinistre.*" De rechtbank oordeelde dat het beding duidelijk was, maar door een negatieve bewijslast op te leggen aan de verzekeringsnemer (wat heel vaak onmogelijk te bewijzen is), verbrak de verzekeraar het evenwicht tussen de prestaties van de partijen.

1071. *Verhouding ten aanzien van onrechtmatige bedingenleer* – De verhouding tussen artikel 14 controle-KB en de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC) is niet eenvoudig. Bij de controlereglementering op verzekeringsondernemingen vindt de bescherming van de rechten van de verzekeringsnemers immers op onrechtstreekse wijze plaats, dit in tegenstelling tot de onrechtmatige bedingenleer uit de WMC (oude WHPC). Dat beide reglementeringen een verschillende invalshoek hebben, zou er kunnen op wijzen dat beide regelgevingen naast elkaar toepassing kunnen vinden.²⁹⁶⁸

De formele hiërarchie der rechtsnormen zou er echter toe leiden dat in geval van strijdigheid, artikel 2, 28° WMC (oud art. 31, §1 WHPC) moet primeren op artikel 14 controle-KB.²⁹⁶⁹ Wanneer artikel 14 controle-KB echter geassimileerd wordt met artikel 19 controlewet verzekeringen, waarvan zij een directe uitvoering is, ligt ten aanzien van de onrechtmatige bedingenleer een hiërarchisch gelijke rechtsnorm voor. De toepassing van het beginsel dat de bijzondere wet voorrang heeft boven de algemene wet, leidt evenmin tot eensluidende conclusies. De Commissie voor Verzekeringen neemt aan dat de specifiek voor (verzekerings)overeenkomsten *met consumenten* uitgewerkte bepalingen (artikelen 2, 28° en 73 e.v. WMC – oud art. 31-33 WHPC) inderdaad voorrang hebben op de algemene norm tot inhoudelijke toetsing van bedingen in *alle* verzekeringsovereenkomsten (artikel 19 controlewet verzekeringen en artikel 14 controle-KB).²⁹⁷⁰ Anderzijds zijn de begrippen *algemene wet* en *bijzondere wet* relatief. Wanneer het personele toepassingsgebied als uitgangspunt wordt genomen

²⁹⁶⁸ DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 149.

²⁹⁶⁹ H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, "Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep 'onrechtmatige bedingen'", in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 229; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, 2008, 195.

²⁹⁷⁰ H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK, "Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep 'onrechtmatige bedingen'", in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, 2001, (213) 229.

(zoals de Commissie voor Verzekeringen doet), dan lijkt de WMC (oude WHPC) als bijzondere norm voorrang te hebben boven de controlewetgeving. Wordt daarentegen het materiële toepassingsgebied als uitgangspunt genomen, dan moet men besluiten dat de controlewetgeving (enkel van toepassing op verzekeringsovereenkomsten) als bijzondere wet voorrang heeft op de WMC (oude WHPC).²⁹⁷¹

Strijdigheid tussen beide normen zal voorliggen bij de toepassing van de sanctionering. Een schending van artikel 19 controlewet en artikel 14 controle-KB zal immers aanleiding geven tot (wettelijke of gerechtelijke) conversie, terwijl de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC) tot de nietigheid van het beding leidt. O.i. moet voorrang worden gegeven aan artikel 19 controlewet en artikel 14 controle-KB. Gelet op bovenstaande onduidelijkheid over welke regelgeving als algemene wet dan wel als bijzondere wet moet worden beschouwd, is men op interpretatie aangewezen. Aangezien de algemene opvatting gehuldigd wordt dat het privaatrecht het gemeen recht is²⁹⁷², terwijl het publiek recht het bijzonder recht is, moet geoordeeld worden dat de controlewetgeving, dat een instrument van publiek verzekeringsrecht uitmaakt, voorrang moet genieten boven de WMC (oude WHPC).

D. Voorlopig besluit

1072. *Bijzondere plaats voor de bedingen inzake dekkingsomvang in de onrechtmatige bedingenleer* – De bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringscontracten nemen een bijzondere plaats in binnen de onrechtmatige bedingenleer. Daar waar deze bedingen in beginsel als kernbedingen moeten worden gekwalificeerd, hebben we aangetoond dat de ontoetsbaarheid van deze bedingen sterk genuanceerd moet worden.

Het lijkt geen twijfel dat de kwalificatie van de omschrijving van het verzekerde goed, van de premie en van de verzekerde som in een brandverzekeringsovereenkomst als kernbedingen moeten worden gekwalificeerd. Aangaande de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang is nuancering noodzakelijk. Uit overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen volgt dat deze bedingen toch toetsbaar zijn: *ofwel* werden deze bedingen mee in overweging genomen bij de premieberekening, in welk geval het evenwicht tussen beiden werd nagegaan en vastgesteld; *ofwel* werden deze bedingen niet doorgerekend in de premie, wat opnieuw een afweging van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhoudt en ditmaal lijkt te wijzen op de onrechtmatigheid van het beding.

De verzekeringsovereenkomsten vormen daarnaast ook een buitenbeentje binnen de onrechtmatige bedingenleer, aangezien ze aan een bijkomende toetsing onderworpen zijn op basis van artikel 14 controle-KB. De bedingen aangaande de dekkingsomschrijving vallen binnen het geldigingsbereik van deze bepaling. De moeilijke afbakening van het begrip kernbeding in verzekeringscontracten is bijgevolg overbodig in het kader van deze alternatieve regelgeving.

§3. Kernbedingen ter beoordeling van niet-kernbedingen

A. Algemeen kader

1073. *Vraagstelling* – Bij de beoordeling van een contractueel beding worden de andere bedingen uit de overeenkomst alsook de bedingen uit samenhangende overeenkomsten, mee in overweging genomen. Een beding kan derhalve op zichzelf beschouwd geldig zijn, maar op basis van een globale

²⁹⁷¹ Zie ook G.L. BALLON, K. GEENS, J. STUYCK en E. TERRY, *Inleiding tot het economisch recht*, 2009, 8. Zie ook impliciet bij H. COUSY, “Lectuurnotities en reflecties over ethiek in het zakenleven, in het bijzonder in de verzekeringen”, in *Liber amicorum Jan M. Broekman*, (47) 63, die in dit verband naar de WHPC verwijst met de woorden ‘op meer algemeen vlak’.

²⁹⁷² Zie B. TILLEMANS, *Inleiding tot de rechtswetenschap*, 2007, 48.

beoordeling met andere bedingen alsnog door de rechter als onrechtmatig worden beschouwd. Wel is daartoe vereist dat er samenhang bestaat tussen de onderscheiden bedingen.²⁹⁷³ De vraag rijst nu of ook de kernbedingen mee in rekening kunnen worden gebracht bij de toetsing van de andere contractuele bedingen. In dat geval lijkt in de onrechtmatige bedingenleer op onrechtstreekse een plaats weggelegd voor de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

1074. *Artikel 4, lid 1 en overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen* – De ontoetsbaarheid van kernbedingen brengt niet met zich mee dat de rechter met die bedingen geen rekening kan houden wanneer hij een andere contractuele clausule op haar rechtmatigheid beoordeelt. Dit vloeit voort uit artikel 4, lid 1 Richtlijn Oneerlijke bedingen en uit artikel 73, lid 1 WMC (oud art. 31, §3, lid 1 WHPC).²⁹⁷⁴ Daarnaast wordt dit ook expliciet vooropgesteld in overweging 19, tweede zinsnede Richtlijn aangaande verzekeringscontracten (“*dat het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de verhouding kwaliteit/prijs niettemin in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van andere bedingen*”).

B. Draagwijdte van de beoordeling van bedingen aan de hand van kernbedingen

1075. *Prijsargument* – De verschillende contractuele bedingen moeten globaal beoordeeld worden. Derhalve moet het onrechtmatige karakter van een bepaalde clausule beoordeeld worden met inachtneming van de daarmee samenhangende contractuele bedingen. In beginsel wordt daarbij geen onderscheid gemaakt tussen kernbedingen en niet-kernbedingen.²⁹⁷⁵ Derhalve zal de prijs onmiskenbaar één van de beoordelingsfactoren vormen bij de controle van daarmee samenhangende bedingen, zoals de exoneratiebedingen.²⁹⁷⁶ Dat is vanuit economisch oogpunt vanzelfsprekend. De prijs zal immers mee bepaald worden onder invloed van bedingen die de omvang of reikwijdte van de verbintenissen van de partijen vastleggen. Een globale beoordeling van de contractuele bedingen blijkt ook uit artikel 1161 B.W., volgens hetwelk alle bedingen van een overeenkomst worden uitgelegd het ene door het andere, zodat elk beding wordt opgevat in de zin die uit de gehele akte voortvloeit.

1076. *Toepassingen uit de rechtspraak* – Ook in de (gemeenrechtelijke) rechtspraak zijn daar sporen van terug te vinden. Zo nemen sommige rechters de prijs mee in overweging bij de beoordeling van de draagwijdte van de verbintenissen van de contractpartijen. In die zin werd geoordeeld dat de lage prijs er mee toe kan leiden dat een parkingcontract geen bewaargeving, maar een huurovereenkomst is.²⁹⁷⁷

²⁹⁷³ *Supra*, nrs. 947 e.v.

²⁹⁷⁴ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80; M. CLAVIE, “Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients”, in M. COIPEL en P. WÉRY (eds.), *Les pratiques du commerce, l’information et la protection du consommateur*, 2006, (302) 325; I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 421; R. STEENNOT, “Artikel 31 Handelspraktijkenwet 1991”, in X. (ed.), *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 2004, art. 31-18; S. STIJNS, “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, (148) 156; A. THILLY, “Les dates de valeur en droit belge”, *JT* 1995, (753) 757; P. WÉRY en G. GATHEM, “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X. (ed.), *La protection du consommateur*, 2006, (7) 21-22. Zie in dezelfde zin bij de *Franse* auteur S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2008, 354: “À une approche strictement juridique de la clause, le législateur a préféré mêler une approche juridique et économique”.

²⁹⁷⁵ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 421-422; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 103.

²⁹⁷⁶ NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124-125; M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 240. Zie ook O. VANDEN BERGHE, “Exoneratiebedingen anno 2010 in nationale en internationale overeenkomsten”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, 2009-2010, (73) 79.

²⁹⁷⁷ Vred. Oostende 12 oktober 1976, *RW* 1977-78, 2033.

Zo werd de verkoop van hout onder de normale prijs ook geacht een vermoeden op te leveren dat de aanwezigheid van hagel in het hout voor risico van de koper was.²⁹⁷⁸ Ook DE PAGE wees al op bepaalde rechtspraak die het dwalingsrisico bij de koper legt (zonder dat dit contractueel zo bedongen was) onder verwijzing naar o.m. de lage prijs.²⁹⁷⁹

1077. *Luik 10 juni 2005*²⁹⁸⁰ – De achterliggende redenering werd op duidelijke wijze uiteengezet in een arrest van het hof van beroep te Luik. In deze zaak diende het hof van beroep de exoneratiebedingen te beoordelen die in het reglement van de electriciteitsverdelers opgenomen waren ten aanzien van de gebruikers. De clause die voorziet dat de verdeler slechts gehouden is tot de vergoeding van de schade aan personen en, onder voorbehoud van een vrijstelling van 250 euro per schadelijnde persoon, van de schade aan goederen die uitsluitend tot privé-doeleinden gebruikt worden, werd geldig geacht. Ten aanzien van die clause was opgeworpen dat deze een discriminatie teweeg bracht tussen de privé-gebruikers en de professionele gebruikers. Dat argument werd door het hof verworpen: “*A défaut de cette clause exonératoire, il y aurait atteinte au principe général d’équité et d’égalité entre abonnés, dès lors que le fait pour la société distributrice d’électricité de devoir tenir compte de l’assurabilité des risques professionnels très variés et difficilement évaluable – les biens utilisés par les professionnels étant généralement beaucoup plus importants en nombre et en valeur que ceux utilisés à des fins exclusivement privées – entraînerait une augmentation substantielle de la tarification dudit distributeur, ce qui aboutirait à faire supporter aux abonnés utilisant des biens à des fins exclusivement privées une partie importante des coûts couvrant les risques professionnels, alors que, grâce à la clause exonératoire litigieuse, le prix de l’énergie est calculé au plus juste pour l’ensemble des abonnés*”.

1078. *Reikwijdte van het prijsargument* – De vraag rijst hoe groot de rol van het prijsargument is bij de beoordeling van de rechtmatigheid van niet-kernbedingen. In het bijzonder moet worden nagegaan of het onrechtmatige karakter van een bepaald beding gerechtvaardigd kan worden aan de hand van een lage prijs.

1079. *Prijs als verzwarende factor* – De hoge prijs kan als een verzwarende factor mee in overweging worden genomen bij de toetsing van een ander contractueel beding. Een onredelijk hoge prijs zal een verzwarend element vormen bij de beoordeling van het evenwicht tussen de rechten en plichten van de contractpartijen.²⁹⁸¹ Ten aanzien van deze rol voor de kernbedingen lijken geen bezwaren te bestaan.

1080. *Prijs als afzwakkende factor* – Ook een lage prijs kan in beginsel mee in overweging worden genomen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een beding. In beginsel zou bijvoorbeeld een exoneratiebeding dat een aanzienlijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de contractpartijen teweeg brengt, in beginsel toch als rechtmatig kunnen worden beoordeeld indien de overeenkomst een zeer voordelige prijs voorziet voor de consument.²⁹⁸² De onrechtmatigheidstoetsing is een contextuele beoordeling waarbij de prijs voor het product of de dienst een onrechtstreekse beoordelingsfactor vormt.

²⁹⁷⁸ Kh. Doornik 27 december 1968, *BRH* 1968, 673.

²⁹⁷⁹ DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 63.

²⁹⁸⁰ Luik 10 juni 2005, *RGAR* 2007, nr. 14202.

²⁹⁸¹ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80.

²⁹⁸² NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, 2007, 124-125; PITLO-CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, 2002, 256.

Deze algemene vaststelling moet onmiddellijk genuanceerd worden. De draagwijdte van de rol van de prijs bij de beoordeling van een ander beding, is immers relatief beperkt. De rechter beschikt enkel over een ruime appreciatiemarge bij de toetsing van een beding aan de algemene toetsingsnorm. In beginsel zal hij ook enkel dan rekening houden met andere (daarmee samenhangende) contractuele bedingen, waaronder ook kernbedingen. Gaat het om de beoordeling van een beding dat overeenstemt met een bepaling van de zwarte lijst, dan kan de prijs geen rol spelen. Een voordelige prijs kan in die zin nooit een rechtvaardiging vormen voor een exoneration voor een gebrekkig product, dat bijvoorbeeld lichamelijke schade zou kunnen veroorzaken. Dat beding is immers strijdig met artikel 74, 25° WMC (oud art. 32, 22bis WHPC).²⁹⁸³ Exoneratiebedingen worden in ruime mate ondervangen door artikelen 74, 13° en 30° WMC (oud art. 32, 11° en 27° WHPC), waardoor de rol van de prijs bij de rechtmatigheidsbeoordeling van deze bedingen sowieso al zeer beperkt zal zijn. Daarnaast vormt de prijs ook slechts één van de factoren waarmee de rechter bij zijn beoordeling onder de algemene toetsingsnorm rekening kan houden. De rol van de prijs bij de beoordeling op basis van de toetsingsnorm lijkt ook enkel weggelegd voor clausules waar de samenhang met de prijs zo evident is dat de inoverwegingneming met de prijs zich opdringt.

Met DEMUYNCK moet in ieder geval worden aangenomen dat een benedengrens zich opdringt. Toepassing van het prijsargument mag er in geen geval toe leiden dat het gestipuleerde beding iedere zin of betekenis aan de overeenkomst ontnemt. Wanneer de consument een weloverwogen en daadwerkelijke keuze kan maken tussen in de hoogte verschillende tarieven waaraan verschillende aansprakelijkheids- of dekkingsregimes zijn gekoppeld (d.i. het Duitse *Tarifwahlssystem*), dan vormt de invloed van de prijs op de beoordeling van het rechtmatige karakter van een ander beding in geen geval een probleem.²⁹⁸⁴

1081. *Duitse recht* – Vooral in de Duitse doctrine werd vaak de vraag gesteld of, en zo ja onder welke voorwaarden, de prijs in rekening kan worden gebracht bij de beoordeling van de rechtmatigheid van algemene voorwaarden. Vele Duitse auteurs kanten zich tegen de toepassing van dit prijsargument. De *juiste prijs* bestaat immers niet, waardoor het moeilijk vast te stellen is of, en zo ja in hoeverre, een prijs in een bepaald geval gunstig is.²⁹⁸⁵

1082. *Nederlandse recht* – In de voorbereidende werken van het N.B.W. lijkt het prijsargument wel te worden aanvaard: “... zo zal onder omstandigheden de hoogte van de prijs of een voor de wederpartij uitgesproken en ongewoon gunstig beding, met name indien dit verband houdt met het bekritiseerde beding, het onredelijk bezwarend karakter van dit laatste kunnen wegnemen.”²⁹⁸⁶ Nochtans kanten ook sommige Nederlandse auteurs zich hiertegen.²⁹⁸⁷ Er kan immers moeilijk beoordeeld worden of de lagere prijs wel in voldoende mate samenhangt met de exonerationclausules, dan wel of die veeleer het

²⁹⁸³ CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2009, 80.

²⁹⁸⁴ I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 422; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 105.

²⁹⁸⁵ H.P. WESTERMANN, *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 1198. In dezelfde zin, W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1138; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 417.

²⁹⁸⁶ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, 1580. Zie ook ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 379; R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 128.

²⁹⁸⁷ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 128; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 202-203; M.B.M. LOOS, “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, *AA* 2007, (741) 744; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 62. Zie tevens op sceptische wijze aangaande het prijsargument, M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RIJKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 76; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 61-62. In dezelfde zin, DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 307.

resultaat is van een scherpe prijsconcurrentie.²⁹⁸⁸ Er is ook in het Nederlandse recht geen bezwaar ten aanzien van het systeem waarbij de wederpartij kan kiezen tussen bezwarende voorwaarden met een lage prijs en gunstigere voorwaarden tegen een hogere prijs, indien de aandacht van de wederpartij gevestigd werd op die keuzemogelijkheid en die ook reëel is.²⁹⁸⁹

C. Gevolgen

1083. *Toetsing evenwicht tussen contractuele hoofdprestaties* – Met artikel 4, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Bedingen krijgt de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties een plaats in de onrechtmatige bedingenleer, zij het op onrechtstreekse wijze. Kernbedingen vormen een element ter beoordeling van het rechtmatige karakter van andere bedingen. Wel blijft de focus gericht op de beoordeling van een niet-kernbeding en op de vraag of men in de gegeven omstandigheden bijvoorbeeld zijn aansprakelijkheid in die mate kon beperken.²⁹⁹⁰ Onmiddellijk moet ook de beperkte draagwijdte benadrukt worden. De kernbedingen worden enkel mee in overweging genomen bij de beoordeling van een beding onder de algemene toetsingsnorm en vormen bovendien slechts één van de beoordelingselementen. De toepassing van het prijsargument mag er in geen geval toe leiden dat het beding iedere zin of betekenis aan de overeenkomst ontnemt.

§4. Besluit

1084. *Nuancering van de ontoetsbaarheid van kernbedingen* – We hebben het algemeen beginsel van de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer van naderbij onderzocht. Daarbij hebben we aangetoond dat deze principiële uitsluiting op bepaalde punten moet worden genuanceerd. Ook binnen de onrechtmatige bedingenleer wordt via bepaalde wegen een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties bereikt.

We verwijzen vooreerst terug naar het transparantievereiste.²⁹⁹¹ De algemene idee dat kernbedingen bij schending van het transparantievereiste toch getoetst kunnen worden, werd gedeeltelijk weerlegd. In geval van onduidelijke en/of onbegrijpelijke kernbedingen kan inderdaad een rechterlijke controle plaatsvinden, doch deze beperkt zich tot het transparantievereiste. Een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties vindt er echter niet plaats.

Kernbedingen blijken in de praktijk niet gemakkelijk af te bakenen van exoneratiebedingen en van (zuivere) inhoudsbepalende bedingen. In die zin moet de ontoetsbaarheid van kernbedingen ook genuanceerd worden. Als bijzondere toepassing van het moeilijke onderscheid tussen kernbedingen en andere inhoudsbepalende bedingen hebben we vervolgens de bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang bij verzekeringscontracten bestudeerd. Bijzonder hier is dat de kernbedingen vaak ook in de algemene voorwaarden opgenomen zijn onder de vorm van bepalingen (of negatief geformuleerde uitsluitingen) inzake de dekkingsomvang door de verzekeraar. We hebben aangetoond dat uit overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen voortvloeit dat de bedingen tot bepaling van de

²⁹⁸⁸ M.B.M. LOOS, “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, AA 2007, (741) 744.

²⁹⁸⁹ R.H.C. JONGENEEL, “Algemene vernietigingsgronden: de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, 2006, (117) 128; JONGENEEL, *De wet algemene voorwaarden*, 1991, 202-203; M.B.M. LOOS, “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, AA 2007, (741) 744; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 62. Zie tevens op sceptische wijze aangaande het prijsargument, M.B.M. LOOS, “Algemene voorwaarden bij consumentenovereenkomsten”, in E.H. HONDIUS en G.J. RUKEN (eds.), *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, 2006, (61) 76; LOOS, *Algemene voorwaarden*, 2001, 61-62.

²⁹⁹⁰ Zie in dezelfde zin, I. DEMUYNCK, “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, (413) 423; DEMUYNCK, *Onrechtmatige bedingen*, 1999-2000, 107.

²⁹⁹¹ *Supra*, nrs. 898-909.

dekkingsomvang bij verzekeringen toetsbaar zijn. Deze uitzondering op de ontoetsbaarheid van kernbedingen is verzoenbaar met de *ratio legis* die we hierna zullen aanwijzen inzake de ontoetsbaarheid van kernbedingen.

Tot slot hebben we ook aangetoond dat kernbedingen betrokken worden bij de beoordeling van de rechtmatigheid van niet-kernbedingen. In die zin wordt op onrechtstreekse wijze het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties getoetst in de onrechtmatige bedingenleer. Evenwel lijkt de draagwijdte van deze nuancerings eerder beperkt.

AFDELING II. KRITISCH ONDERZOEK NAAR DE *RATIO LEGIS* VAN DE ONTOETSBAARHEID VAN KERNBEDINGEN

1085. *Situering* – Zoals hoger beschreven²⁹⁹², worden er *grosso modo* twee redenen aangehaald ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer. Allereerst zou de toetsing van kernbedingen een onwenselijke terugkeer inhouden naar de *iustum pretium*-leer. Vooral de Belgische, Nederlandse en Franse auteurs keuren de toetsing van kernbedingen, in navolging van de Nederlandse wetgever²⁹⁹³, daarom af. Daarnaast argumenteren de Duitse auteurs, alsook de Europese wetgever, dat de toetsing van (het evenwicht tussen) de contractuele hoofdprestaties omwille van de vrije mededinging en contractvrijheid onttrokken is aan een wettelijke regeling. Om diezelfde reden zou er ook geen controlemaatstaf voorhanden zijn.²⁹⁹⁴ We zullen hierna aantonen dat geen van beide redenen overtuigt als rechtvaardigingsgrond voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen.

§1. Onderzoek van de rechtvaardigingsgronden voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen

A. *Onwenselijke terugkeer naar de iustum pretium-leer*

1. Situering van de *iustum pretium*-leer

a. *Inhoudelijke betekenis*

1086. *Geestelijk en Middeleeuws gedachtegoed* – In de Middeleeuwen werden de Romeinse wetteksten, en in het bijzonder de tekst van de Tweede Wet, herlezen vanuit een andere invalshoek. Juristen en theologen herinterpreteerden die wetteksten vanuit ARISTOTELES' gedachtegoed. Daaruit ontwikkelde zich het algemene leerstuk van het *iustum pretium*, of de leer van de *gerechte* of *rechtvaardige* prijs, voornamelijk onder invloed van THOMAS VAN AQUINO die sterk geïnspireerd was door de ideeën van ARISTOTELES.²⁹⁹⁵ De Canonisten trachtten hun morele ideaal te vertalen in het recht. Daartoe werd gestreefd naar billijkheid in de contractuele verhoudingen, o.m. via de leer van het *iustum pretium*.²⁹⁹⁶

1087. *ARISTOTELES' justice commutative* – Door de herontdekking van ARISTOTELES en diens *justice commutative* (vergeldende rechtvaardigheid) kende de theorie inzake het *iustum pretium* opgang in het

²⁹⁹² *Supra*, nrs. 770 e.v.

²⁹⁹³ *Supra*, nr. 876.

²⁹⁹⁴ *Supra*, nrs. 876-878.

²⁹⁹⁵ *Supra*, nrs. 158-159.

²⁹⁹⁶ O.F. EL BASSOUNI, *La lésion en droit comparé*, 1943, 32; P. LOUIS-LUCAS, *Lésion et contrat*, 1926, 27. Zie ook R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 69.

Canonieke recht.²⁹⁹⁷ De rekenkundige gelijkheid van ARISTOTELES werd onder invloed van THOMAS VAN AQUINO veralgemeend door aan te nemen dat een *iustum pretium* voorhanden is wanneer een perfecte gelijkheid bestaat tussen twee prestaties, rekening houdend met het geheel van contractuele omstandigheden. Contracten worden onderworpen aan de *justice commutative*, in die zin dat beide partijen recht hebben op gelijke prestaties.²⁹⁹⁸ De vraag die rijst, is te weten of men op geldige wijze een zaak kan verkopen aan meer dan de zaak waard is.²⁹⁹⁹

1088. THOMAS VAN AQUINO – De essentie kan worden weergegeven door hetgeen THOMAS VAN AQUINO hieromtrent heeft gesteld: “*Lorsqu’on se place au point de vue des échanges ou commutations, (...), on rend quelque chose à une personne particulière en tenant compte d’autre chose que l’on a reçue. L’exemple le plus clair est l’achat et la vente qui réalisent au plus haut degré l’essence de la commutation. Il faut, dans ce cas, évaluer une chose à une autre, de telle sorte que celui qui possède plus que sa part dans le bien d’autrui en restitue autant de celui d’où il provient. L’égalité qui s’établit alors est donc celle d’une moyenne arithmétique, c’est-à-dire dont l’écart par rapport aux deux quantités extrêmes est le même.*”³⁰⁰⁰

1089. *De waarde en gangbare prijs van een zaak* – THOMAS VAN AQUINO benadert de contracten niet zozeer vanuit het oogpunt van hun totstandkoming, maar wel vanuit hun intrinsieke waarde.³⁰⁰¹ De ganse leer van het *iustum pretium* wordt verder uitgebouwd rond de idee dat goederen een bepaalde waarde hebben. De Canonisten waren overtuigd van de stabiliteit en de universaliteit van de waarde van een goed. Een zaak werd geacht een objectieve, intrinsieke waarde te hebben.³⁰⁰² De *juiste prijs* vormt de uitdrukking van de waarde van de geleverde prestatie³⁰⁰³: “*Pour toute marchandise, pour tout service, il y a et il doit y avoir, à un moment donné et sur un marché donné, un juste prix équivalent, lequel ne dépend pas de la volonté des échangistes, ni de leurs désirs ou besoins, ni de quoi que ce soit individuel.*”³⁰⁰⁴

Dat de Middeleeuwse theologen zich niet bewust waren van de prijschommelingen die inherent zijn aan de handel, lijkt evenwel een misvatting te zijn. Ook in die periode was men ervan overtuigd dat de prijs van een zaak niet vaststond, maar wel schommelde in functie van tijdstip, plaats, noden en beschikbaarheden. De juiste prijs vertoont dan ook geen vast karakter, maar werd geassimileerd met *de gangbare prijs*. Het vooropstellen van de gangbare prijs laat een zekere appreciatieruimte bij de vaststelling van het *iustum pretium*: “*le juste prix d’une chose n’est pas toujours déterminé avec exactitude, mais s’établit plutôt à l’estime, de telle sorte qu’une légère augmentation ou une légère diminution de prix ne semble pas pouvoir porter atteinte à l’égalité de la justice*”.³⁰⁰⁵

1090. *Vaststelling op basis van de communis aestimatio* – Om de gangbare prijs vast te stellen, werd een beroep gedaan op de *communis aestimatio*. De waarde van het goed, en derhalve ook de gangbare

²⁹⁹⁷ DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 30-31. Zie ook de Franse auteurs, L. FIN-LANGER, *L’équilibre contractuel*, 2002, 9; TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 313. Zie ook *supra*, nr. 156-160.

²⁹⁹⁸ M. BLOND, *Le fondement de la lésion*, 1935, 30-31; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 74; L. FIN-LANGER, *L’équilibre contractuel*, 2002, 10; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 46.

²⁹⁹⁹ OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 46.

³⁰⁰⁰ THOMAS VAN AQUINO, *Summa*, 61, aangehaald door E. CEREXHE, “Le problème de la lésion”, *Ann. dr. Louvain* 1961, (151) 152.

³⁰⁰¹ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 74.

³⁰⁰² DE BONDT, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 26. Zie ook VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 67.

³⁰⁰³ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 331.

³⁰⁰⁴ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 19.

³⁰⁰⁵ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 332-333.

prijs ervan, werd vastgelegd rekening houdend met het gemeenschappelijke gevoel of de algemeen geldende mening daaromtrent op het ogenblik van de contractsluiting.³⁰⁰⁶

In de loop van de 17^e en 18^e eeuw werd tegen die waarde- en prijsbepaling gereageerd omwille van de vrees voor de instabiliteit van contracten en het gevaar voor de rechtszekerheid door arbitraire tussenkomsten van de rechter.³⁰⁰⁷ Er werd een veiligheidsmarge ingebouwd door niet langer één *iustum pretium* te hanteren, maar drie prijzen voorop te stellen, met name de *summum iustum pretium*, de *medium iustum pretium* en de *infimum iustum pretium*.³⁰⁰⁸ De verkoper mocht de zaak niet verkopen boven de *summum iustum pretium* en de koper mocht de zaak niet kopen onder de *infimum iustum pretium*.³⁰⁰⁹

b. Afbakening van de benadeling

1091. *Vaststelling* – Vele (voornamelijk Nederlandse) auteurs lijken de (Middeleeuwse) *iustum pretium*-leer als een synoniem te beschouwen van de rechtsfiguur benadeling.³⁰¹⁰ Het opleggen van een evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, wordt zonder meer gelijkgesteld met de *iustum pretium*-leer.³⁰¹¹ Andere auteurs beschouwen die leer als de voorloper van de objectieve benadeling.³⁰¹²

1092. *Benadeling als concretisering van de iustum pretium-leer* – De abstracte ideeën die de *iustum pretium*-leer karakteriseren (bv. de *justice commutative*, de waarde van het goed, de gangbare prijs, de *communis aestimatio*), werden geïntegreerd en geconcretiseerd in het Middeleeuwse recht. De *laesio enormis* of de benadeling bij de verkoop van een onroerend goed vormde zo'n belangrijke veruitwendiging van de *iustum pretium*-leer.³⁰¹³ Naast die extensieve interpretatie van de benadeling bij de verkoop van een onroerend goed werden ook (i) de herziening wegens imprevisie, (ii) de herziening van buitensporige schadebedingen en (iii) het verbod op woeker als concrete veruitwendigingen van de Middeleeuwse *iustum pretium*-leer beschouwd.³⁰¹⁴

De Middeleeuwse juristen en theologen hanteren de prijs als een middel om het contractueel evenwicht te beoordelen. De figuur van de benadeling steunt in die zin op de leer van de juiste prijs, doch kan er niet mee gelijkgesteld worden.³⁰¹⁵ GHESTIN oordeelt in dezelfde zin wanneer hij stelt dat

³⁰⁰⁶ DE BOND, *Gekwalificeerde benadeling*, 1985, 26; DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 31. Zie ook de Franse auteurs, DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 19; OSSIPOW, *De la lésion*, 1940, 47; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, II, 1943, 97; Z. PROCA, *Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande*, 1931, 21.

³⁰⁰⁷ TERRE e.a., *Les obligations*, 2005, 313.

³⁰⁰⁸ R. DEKKERS, *La lésion énorme*, 1937, 69-70, voetnoot 1 en 102. Zie ook Z. PROCA, *Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande*, 1931, 22.

³⁰⁰⁹ DEMONTES, *De la lésion*, 1924, 20; GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 765; PLANIOL en RIPERT, *Traité*, II, 1943, 97.

³⁰¹⁰ Zie op impliciete wijze, T. HARTLIEF, "Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht?", in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, 1999, (239) 239-240; M.W. HESSELINK, *Contractenrecht in perspectief*, 2004, 55. Voor nuancering bij VAN ZEBEN, *Iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, 1960, 10 e.v.

³⁰¹¹ F.W. GROSHEIDE, "Iustum pretium Enkele opmerkingen over de contractuele gebondeneid", *WPNR* 1996, (435) 436; J.M. SMITS, "Contractuele gebondenheid thans", *NTBR* 1998, (341) 343.

³⁰¹² VALMONT, *Le fondement juridique*, 1938, 65.

³⁰¹³ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 10-11.

³⁰¹⁴ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, 2002, 12-13.

³⁰¹⁵ G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 331.

de onrechtmatige bedingenleer ten onrechte benaderd wordt vanuit “*la notion de ‘juste prix’ qui caractérise la lésion au sens technique du terme*”.³⁰¹⁶

2. Toetsing van kernbedingen: een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer?

a. Geen algemene grondslag tot vernietiging van overeenkomsten

1093. *Iustum pretium: een alomgeldend axioma* – De *iustum pretium*-leer vertrekt vanuit de rechtvaardige prijs als alomgeldend axioma. Bij toepassing van die leer is een overeenkomst pas geldig, indien tegenover de geleverde prestatie een juiste prijs staat. Het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties is er een algemeen geldigheidsvereiste voor overeenkomsten. De toepassing van de *iustum pretium*-leer in ons huidige rechtssysteem zou van de benadeling een algemene grondslag tot vernietiging van de overeenkomst maken.

1094. *Toetsing van kernbedingen als mogelijk nieuw compenserend instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties* – Benadeling is in ons rechtssysteem enkel een nietigheidsgrond in de gevallen waarin de wet dat uitdrukkelijk heeft voorzien. Zoals hierboven aangetoond, werden doorheen de jaren nieuwe toepassingsgevallen van de benadeling ingevoerd. Opvallend is dat veel van die toepassingsgevallen compenserende instrumenten zijn waarmee de wetgever de zwakke contractpartij probeert te beschermen. Aangezien de objectieve benadeling door de afwijzing van de *iustum pretium*-leer wordt verworpen, is het niet verwonderlijk dat de toegelaten gevallen van benadeling veeleer uit subjectieve overwegingen zijn ingegeven.³⁰¹⁷

Een wettelijke bepaling waarin de toetsing van kernbedingen zou worden toegelaten, zou o.i. geen terugkeer inhouden naar de *iustum pretium*-leer, maar veeleer een nieuw compenserend instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhouden. In tegenstelling tot de andere compenserende instrumenten die dergelijke toetsing met zich meebrengen, zou de toetsing van kernbedingen in consumentencontracten weliswaar gelden voor alle (wederkerige) contracten die door consumenten gesloten worden met een professionele partij.³⁰¹⁸ Derhalve zou die toepassing een stap verder gaan dan de hierboven vermelde toepassingsgevallen van de benadeling, die enkel gelden bij specifieke contracten. Op zichzelf beschouwd lijkt er evenwel geen bezwaar te bestaan tegen de uitbreiding van de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten voordele van een bepaalde categorie van personen.³⁰¹⁹

b. Marginale toetsingsbevoegdheid in hoofde van de rechter

1095. *Iustum pretium-leer en toetsing van kernbedingen: volle versus marginale toetsing* – Bij toepassing van de Middeleeuwse *iustum pretium*-leer beschikte de rechter over een volle toetsingsbevoegdheid. Rekening houdend met de *communis aestimatio* oordeelde de rechter of voor

³⁰¹⁶ J. GHESTIN, “Le rétablissement de l’équilibre contractuel par l’élimination des clauses abusives: l’enseignement du droit français”, in E. BALATE en J. STUYCK (eds.), *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, 1988, (140) 142.

³⁰¹⁷ Over deze twee benaderingswijzen, zie *supra*, nr. 134.

³⁰¹⁸ Ook het instrument van de gekwalificeerde benadeling vertoont een ruimer toepassingsgebied, aangezien naast de benadeling ook het bewijs van misbruik moet worden geleverd. Zie *supra*, nrs. 298 e.v.

³⁰¹⁹ Eén van de manieren om de benadelingssanctie uit te breiden, bestaat daar volgens GHESTIN juist in: “*Les divers moyens d’étendre la sanction de la lésion. (...) Une variante de ce premier procédé consiste à intervenir au profit d’une catégorie très large, comme celle des consommateurs par exemple en raison de leur infériorité en face des professionnels*”. Zie GHESTIN, *Traité. Formation du contrat*, 1993, 798.

een bepaald goed een te hoge prijs werd betaald. De rechter stelde zijn eigen oordeel hierbij in de plaats van dat van de verkoper die de prijs aanrekende.

De toetsing van kernbedingen kadert in de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC), die daarentegen gekenmerkt wordt door een marginale controle in hoofde van de rechter. Opnieuw wordt duidelijk dat de toetsing van kernbedingen geen terugkeer naar de *iustum pretium*-leer inhoudt.

1096. *Marginale toetsing* – Een marginale toetsing ligt voor wanneer een rechtshandeling of een feitelijke gedraging die aan het oordeel van de rechter wordt onderworpen, door deze niet volledig volgens eigen inzicht maar slechts op beperkende wijze kan worden beoordeeld naar haar overeenstemming met of inbreuk op het recht. De rechter moet zich bij zijn beoordeling terughoudend opstellen. Hij mag zijn persoonlijk oordeel niet in de plaats stellen van dat van de partij wiens gedrag hij beoordeelt, maar dient rekening te houden met de beleids- en beslissingsmarge in hoofde van de titularis van een contractueel recht.³⁰²⁰ Die beperkte beoordelingsbevoegdheid van de rechter bevindt zich tussen de volledige afwezigheid van enige beoordelingsbevoegdheid, enerzijds, en de volle toetsing waarbij de rechter de gedraging of rechtshandeling beoordeelt volgens zijn eigen maatstaven van wat redelijk of onredelijk is, anderzijds.³⁰²¹

1097. *Onrechtmatige bedingen als toepassingsgeval* – Reeds in 1977 – lang vóór er sprake was van een onrechtmatige bedingenleer in het Belgische recht – haalde RONSE de rechterlijke inhoudscontrole van de algemene voorwaarden aan als toepassingsgeval van de marginale controle. Benadrukt werd dat de controle van deze bedingen beperkt moet zijn tot “*de gevallen waarin de ondernemer die zijn bedingen aan de wederpartij opdringt, het al te bont maakt*”.³⁰²² Aangezien in die periode nog geen wettelijke grondslag voorhanden was voor de rechterlijke controle van algemene voorwaarden, stelde RONSE deze toetsingsbevoegdheid op de figuur van de partijbeslissing. Hij beschouwt de door de sterkere contractpartij opgelegde algemene bepalingen van dezelfde aard als een partijbeslissing. De clausules zijn bindend, indien zij tot de contractinhoud behoren. Ingeval bepaalde clausules evenwel kennelijk indruisen tegen de eisen van de goede trouw of de redelijkheid, kan de rechter ze onverbindend verklaren.³⁰²³

B. Vrije mededinging en contractvrijheid ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen

1098. *Vrije mededinging en contractvrijheid als uitgangspunten* – Met de vrije mededinging en de contractvrijheid als uitgangspunten van het (consumenten)contractenrecht kan worden ingestemd. Evenwel is gebleken dat deze basisbeginselen niet steeds gevrijwaard zijn. Soms wordt afbreuk gedaan aan deze basisbeginselen, wat een aantasting van de vrije zelfbeschikking van (bepaalde) marktdeelnemers met zich kan meebrengen. In het gemeen privaatrecht alsook in het consumentencontractenrecht zijn verschillende instrumenten ontwikkeld, die erop gericht zijn om die basisbeginselen zoveel als mogelijk te beschermen. Sommige instrumenten trachten de vrije

³⁰²⁰ *Supra*, nr. 930.

³⁰²¹ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 208. Zie ook naar Nederlands recht, W.C.L. VAN DER GRINTEN, “Marginale toetsing”, in X. (ed.), *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.H. Beekhuis*, 1969, (109) 109.

³⁰²² J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 216.

³⁰²³ J. RONSE, “Marginale toetsing in het privaatrecht”, *TPR* 1977, (207) 216-217.

mededinging te vrijwaren; andere instrumenten bewerkstelligen een materialisering van de contractvrijheid.³⁰²⁴

1099. *Toetsing van kernbedingen als compenserend instrument* – Het verwijzen naar de vrije mededinging en de contractvrijheid vormt dan ook geen afdoende rechtvaardiging voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen. Zijn de basisbeginselen immers ontoereikend om de vrije zelfbeschikking van de consument te garanderen, dan kunnen bijkomende maatregelen zich opdringen. Indien informatieplichten en/of instrumenten die de termijn voor beraad verlengen er niet in slagen om het tekort aan vrije economische zelfbeschikking van de consument op te vangen, dan zal een inhoudelijke controle van de contractinhoud aangewezen zijn. Naast de toetsing van de rechten en plichten van de contractpartijen, zou die toetsing desgewenst ook betrekking kunnen hebben op de contractuele hoofdprestaties.

Een afwijzing van de toetsing van kernbedingen kan dan ook niet enkel gerechtvaardigd worden door een verwijzing naar de basisprincipes van de vrije mededinging en de contractvrijheid. In het bijzonder moet worden nagegaan of die basisbeginselen bij het gebruik van standaardbedingen gerespecteerd worden, en of desgevallend, de rechterlijke toetsing van de kernbedingen geen tekort aan vrije economische zelfbeschikking van de consument kan opvangen.

1100. *Gebrek aan maatstaf* – In het kielzog van de verwijzing naar de basisbeginselen van de vrije mededinging en de contractvrijheid wordt door de Duitse doctrine ook opgeworpen dat het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties niet controleerbaar is, aangezien een controlemaatstaf ontbreekt. Dat argument kan evenmin overtuigen om de rechterlijke toetsing van de contractuele hoofdprestaties *a priori* uit te sluiten. Zo wordt ook bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties gecontroleerd, zonder dat een vaststaande controlemaatstaf voor de benadeling voorhanden is.³⁰²⁵ Uit onze kroniek van rechtspraak is daarenboven gebleken dat het benadelingsvereiste in de praktijk weinig problemen met zich meebrengt. Dat er geen controlemaatstaf voorhanden is, betekent evenmin dat er geen maatstaf kan ontwikkeld worden.³⁰²⁶ Daarenboven moet ook voor ogen worden gehouden dat de rechterlijke toetsing van de kernbedingen een marginale toetsing zou zijn, en geenszins een volle toetsing.

C. Voorlopig besluit

1101. *Geen terugkeer naar de iustum pretium-leer* – De toetsing van kernbedingen houdt geen terugkeer in naar de algemene *iussum pretium*-leer, en de ontoetsbaarheid ervan kan omwille van die reden dan ook niet gerechtvaardigd worden. Ook de tweede reden die wordt aangehaald inzake de ontoetsbaarheid van kernbedingen, met name een loutere verwijzing naar de basisbeginselen van de vrije mededinging en de contractvrijheid, kan niet overtuigen. Een *a posteriori* rechterlijke toetsing van kernbedingen zou immers beschouwd kunnen worden als een nieuw compenserend instrument ter bescherming van de consument, waarbij de contractinhoud gecontroleerd wordt door middel van een rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Onmiddellijk rijst de vraag of dergelijke toetsing wel wenselijk is.

³⁰²⁴ *Supra*, nrs. 80 e.v.

³⁰²⁵ We hebben als vereiste vooropgesteld dat het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties enkel *zeker* moet zijn. *Supra*, nrs. 681-684.

³⁰²⁶ Zoals bv. door de Franse auteur CHANTEPIE wordt gedaan: G. CHANTEPIE, *La lésion*, 2006, 472 e.v.

§2. De wenselijkheid van de toetsing van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer: eigen theorievorming

1102. *Doelstelling* – De rechtvaardigingsgronden die in de doctrine worden aangereikt ter staving van de ontoetsbaarheid van kernbedingen, kunnen niet overtuigen. We zullen hierna zelf een overtuigende rechtvaardigingsgrond aanreiken voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer. Logischerwijze knopen we daarvoor aan bij de *ratio legis* van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen zelf, en in het bijzonder bij de twee modellen ter verklaring van de wetgevende en rechterlijke tussenkomst inzake oneerlijke bedingen: de misbruik van machtspositie-theorie en de transactiekosten-theorie.³⁰²⁷ Aan de hand van een rechtseconomische analyse zullen we de rechtvaardigingsgrond die we aanreiken, onderbouwen.

A. Rechtseconomische analyse

1103. *Opzet* – Een rechtseconomische analyse van deze problematiek kan meer duidelijkheid brengen over welke theorie (misbruik van machtspositie-theorie of transactiekosten-theorie) het meest overtuigt ter rechtvaardiging van een regulering inzake oneerlijke bedingen. Ons opzet bestaat er niet in om de volledige problematiek van de regulering en toetsing van de contractinhoud vanuit rechtseconomisch oogpunt te belichten. We beperken ons tot enkele algemene beginselen en richten onze aandacht vervolgens op twee topics, met name (i) het contracteren met consumenten, met daarbij oog voor de informatieproblemen, en (ii) het gebruik van standaardcontracten.³⁰²⁸

1. Inleiding

1104. *Positieve en normatieve rechtseconomische analyse* – De rechtseconomische wetenschap wendt gegevens uit de economische wetenschap aan bij de bestudering van rechtsregels. Dat gebeurt niet alleen bij het onderzoeken en het verklaren van rechtsregels, d.i. de *positieve rechtseconomische analyse*. Rechtseconomie wordt ook beleidsmatig aangewend met het oog op een kritische en normatieve analyse van de werking van het recht (*normatieve rechtseconomische analyse*).³⁰²⁹

1105. *Economisch uitgangspunt: rationele keuze* – Een fundamenteel beginsel uit de (micro-) economie bestaat erin dat een individu steeds zijn eigenbelang nastreeft binnen een bestaand institutioneel kader.³⁰³⁰ Individuen worden geacht rationele marktdeelnemers te zijn, die hun behoeften

³⁰²⁷ Voor een bespreking van beide modellen, zie *supra*, nrs. 771 e.v.

³⁰²⁸ Twee van de drie categorieën van compenserende maatregelen worden hierna derhalve vanuit een rechtseconomische invalshoek bestudeerd, met name de informatieplichten en de instrumenten tot controle van de contractinhoud. De bedenkttermijnen worden hier buiten beschouwing gelaten. Voor een recente rechtseconomische analyse van de bedenkttermijnen, verwijzen we naar de analyse van E. TERRY: TERRY, *Bedenk tijden in het consumentenrecht*, 2008, 545 e.v. In de rechtseconomie handelen sommige studies ook over de controle op het evenwicht tussen prijs en voorwerp. Deze analyses worden echter steeds in verband gebracht met specifieke Angelsaksische rechtsfiguren, zoals de *unconscionability*-leer (zie bv. L.A. KORNHAUSER, “Unconscionability in Standard Forms”, *California Law Review* 1976, 1151-1183; E.A. POSNER, “Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and related Limitations on the Freedom to Contract”, *Journal of Legal Studies* 1995, 283-319). Het situeren en uitspitten van deze *unconscionability*-leer is evenwel niet dienend voor het opzet van onze rechtseconomische analyse. Dat bestaat erin een rechtseconomische onderbouw te geven aan de twee modellen die ter rechtvaardiging van een regulering inzake oneerlijke bedingen worden aangehaald. Op die manier gaan we na welk model het meest kan overtuigen. Bovenvermelde studies over de controle van het evenwicht tussen prijs en voorwerp worden daarom verder buiten beschouwing gelaten.

³⁰²⁹ R.A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 2003, 24 e.v. Zie ook R. KRUTHOF, “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, (2732) 2764.

³⁰³⁰ E. MACKAAY, *Economics of Information and Law*, 1982, 119 e.v.; V.P. GOLDBERG, “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 461.

op rationele wijze trachten te maximaliseren (*rational choice*).³⁰³¹ Daarbij moet een keuze worden gemaakt in het gebruik van de schaarse middelen die voorhanden zijn.³⁰³² De beslissing van het individu wordt als *efficiënt* beoordeeld, d.i. de schaarse middelen worden gebruikt op een wijze die hem de grootste waarde opleveren, aangezien ieder individu de beste beoordelaar is van wat goed of slecht voor hem is.³⁰³³ De rechtseconomie gaat traditioneel uit van deze economische beginselen bij het onderzoeken van juridische beslissingen.³⁰³⁴ Steeds meer aandacht gaat echter ook uit naar het empirische luik, wat zich gemanifesteerd heeft in de recentere stroming van de *behavioural law and economics*.³⁰³⁵

2. Rechtseconomische analyse van het consumentenrecht

a. Algemene beschouwingen

1106. *Evolutie in benadering van consumentenbescherming* – De benaderingswijze van het consumentenrecht door de rechtseconomie kende een belangrijke evolutie. Aanvankelijk, d.i. in de jaren '60 en '70, werd de nadruk gelegd op de machtspositie, en in het bijzonder de grote onderhandelingsmacht, in hoofde van de verkoper (of producent). De ongelijke onderhandelingsmacht werd afgeleid uit het verschil in grootte en middelen tussen de verkoper, enerzijds, en de koper, anderzijds. Wanneer een transactie nadelig bleek te zijn voor de consument, dan werd dit geacht voort te vloeien uit een misbruik van de onderhandelingsmacht door de verkoper. Naast een ongelijke onderhandelingsmacht werd ook de aanzienlijke informatieasymmetrie ten voordele van de verkoper, alsook het mogelijke misbruik ervan door deze laatste, benadrukt. Rechtseconomische analyses wezen uit dat de consument geen andere mogelijkheden had dan te contracteren tegen de voorwaarden opgelegd door grote en machtige verkopers. De concurrentie tussen de verkopers onderling werd toen nauwelijks belicht.³⁰³⁶

Op het einde van de 20^e eeuw ziet de economische analyse inzake het beleid ter bescherming van de consument er helemaal anders uit. De economische analyses zijn niet langer gebaseerd op eenvoudige modellen, waarbij het onevenwicht in onderhandelingsmacht wordt afgeleid uit de grootte en de middelen van verkopers en kopers. Er wordt voortaan uitgegaan van de idee dat marktresultaten voortvloeien uit een complex proces waarbij een aantal variabelen, zoals informatie, overtuigingen, transactiekosten en langetermijnstrategieën, van cruciaal belang zijn.³⁰³⁷

1107. *Onderhandelingsmacht en informatie* – HADFIELD, HOWSE en TREBILCOCK gaan o.m. dieper in op de begrippen *onderhandelingsmacht* (*bargaining power*) en *informatie(asymmetrie)*, en benaderen deze noties vanuit de moderne economische theorie. Inzake *onderhandelingsmacht* wordt er voortaan van uitgegaan dat de oorzaken van een (ongelijke) onderhandelingsmacht moeilijk vast te stellen zijn en

³⁰³¹ E. MACKAAY, "Schools: general", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (402) 408; R.A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 2002, 3.

³⁰³² R. VAN DEN BERGH, "Le droit civil face à l'analyse économique du droit", *RIDE* 1988, (229) 232.

³⁰³³ R.A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 2002, 10 e.v. Zie ook R. KRUTHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-1986, (2732) 2764.

³⁰³⁴ T.S. ULEN, "Rational Choice Theory in Law and Economics", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (383) 797.

³⁰³⁵ Zie in dit verband o.m. C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN en R. THALER, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review* 1998, 1471-1549.

³⁰³⁶ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 134.

³⁰³⁷ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 135. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 528-529.

afhangen van verschillende elementen.³⁰³⁸ Ook wordt duidelijk dat de onderhandelingsmacht bij een eenmalige transactie anders is dan bij herhaalde transacties. De belangrijkste les die voortvloeit uit de moderne *bargaining theories*, bestaat er wellicht in dat informatie, en in het bijzonder informatieasymmetrieën, een hoofdrol spelen bij het onderhandelen.³⁰³⁹

Vroegere analyses gingen uit van *informatieasymmetrieën* in de zin van een groot onevenwicht in de informatie beschikbaar voor kopers en verkopers. In moderne theorieën wordt veeleer uitgegaan van de complexe en subtiële wijze waarop informatie de marktdynamismen beïnvloedt. De kost om geïnformeerd te worden, wordt voortaan erkend als een belangrijke component van de transactiekosten. Consumenten maken rationele keuzes tussen *beter geïnformeerd worden*, enerzijds, en *minder geïnformeerd worden tegen een lagere (transactie)kost*, anderzijds. Consumentenbeleid moet daar rekening mee houden. Beschermende maatregelen die even kostelijk zijn als de zelfbeschermende maatregel om meer informatie te verwerven, reiken derhalve geen oplossing aan.³⁰⁴⁰

1108. *Verwerping van de ‘ongelijke onderhandelingsmacht’ als uitgangspunt* – Consumentenbescherming werd vroeger als noodzakelijk beschouwd om het verstoorde evenwicht tussen professionelen en consumenten te corrigeren. Vanuit dit uitgangspunt werd de consument ook vaak als een *zwakke domoor* voorgesteld, die slecht geïnformeerd is en zich irrationeel gedraagt, waardoor enkel overheidsinterventie het onevenwicht kan herstellen.³⁰⁴¹ Een benadering van de relatie tussen professioneel en consument als een verhouding van ongelijke onderhandelingspositie wordt vanuit hedendaags rechtseconomisch oogpunt verworpen. Een ongelijke onderhandelingsmacht legt immers de oorzaken van dat beweerde onevenwicht niet bloot. Vanuit rechtseconomisch oogpunt wordt het echter als een noodzaak beschouwd om de marktfalingen, die onevenwichten veroorzaken, bloot te leggen.³⁰⁴²

1109. *Consument als marktdeelnemer met recht op vrije zelfbeschikking* – Onmiddellijk wordt duidelijk dat de hedendaagse rechtseconomische benadering van consumentenbescherming overeenstemt met het door ons gehanteerde uitgangspunt, met name de verwerping van het postulaat van de consument als zwakke contractpartij. De consument moet beschouwd worden als een marktdeelnemer, zoals alle andere marktdeelnemers, met een recht op vrije economische zelfbeschikking.³⁰⁴³

³⁰³⁸ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *JCP* 1998, (131) 139.

³⁰³⁹ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *JCP* 1998, (131) 140.

³⁰⁴⁰ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, “Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy”, *JCP* 1998, (131) 141 en 145.

³⁰⁴¹ R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, *AA* 1990, (787) 788.

³⁰⁴² R. VAN DEN BERGH, “De richtlijn consumentenkoop in perspectief”, 2003, (79) 81; R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, *AA* 1990, (787) 788.

³⁰⁴³ *Supra*, nrs. 77-79. Door DREXL en TERRYEN wordt benadrukt dat een economische analyse, met maximale economische efficiëntie als vooropgestelde doel, niet *volledig* overeenstemt met het streven naar economische zelfbeschikking in hoofde van iedere marktdeelnemer als uitgangspunt voor het consumentenrecht. De consument streeft immers niet enkel naar maximaal individueel economisch nut, naar ook naar maximalisering van individuele, eventueel ook politiek geïnspireerde, voorkeuren. Evenwel zullen de situaties waarin de economische zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer niet gegarandeerd is, vaak samenvallen met die situaties waarvan een (rechts)economische analyse oordeelt dat de optimale economische efficiëntie niet bereikt is. De economische theorie vertrekt immers vanuit de idee dat maximale efficiëntie voorhanden is, wanneer individuen handelen in overeenstemming met hun voorkeur, wat veronderstelt dat die beslissingen gericht zijn op maximaal economisch nut. Vanuit onze visie van een situatiebetrokken consumentenrecht is economische zelfbeschikking evenmin gerealiseerd, wanneer marktdeelnemers geen beslissing kunnen nemen die in overeenstemming is met hun voorkeuren. Deze voorkeuren zijn evenwel niet beperkt tot economische facetten. Zie J. DREXL, *Die wirtschaftliche*

1110. *Zoektocht naar mogelijke oorzaken van marktfalingen* – Veeleer dan het verstoorde evenwicht tussen verkoper en consument als uitgangspunt te hanteren, moeten de mogelijke oorzaken van dat verstoorde evenwicht onderzocht worden. Zo kunnen een aantal marktfalingen of marktstoornissen een overheidsregulering rechtvaardigen. Het betreft met name (i) een gebrek aan concurrentie (in geval van een monopolie of een oligopolie)³⁰⁴⁴, (ii) het bestaan van markttoegangshindernissen, (iii) productdifferentiatie³⁰⁴⁵, (iv) informatietekorten en -asymmetrie, (v) neveneffecten die niet in de marktprijs verrekend worden (externaliteiten).³⁰⁴⁶ Onze aandacht gaat hierna enkel uit naar de problematiek van de informatietekorten en informatieasymmetrieën. Bij onvolledige informatie of asymmetrische verdeling van informatie tussen verkopers en consumenten leidt het marktmechanisme immers niet automatisch tot efficiënte resultaten.

b. Informatietekort en informatieasymmetrie

i. Mogelijke informatiestoornissen

1111. *Algemeen: informatie heeft een kostprijs* – Wie wil contracteren, heeft informatie nodig over tal van aspecten. Vooreerst worden een aantal zoekkosten gemaakt, teneinde informatie te verwerven over mogelijke contractpartners, over welke producten en/of diensten zij aanbieden, en indien geen onderhandelingen daarover mogelijk zijn, over de prijs. Daarnaast moet informatie verworven worden over de kenmerken van het product of de dienst, alsook informatie over de mogelijke omstandigheden, over de eigen behoeften en voorkeuren, over de productiekosten, over de alternatieve contractanten op de markt, over het toepasselijke suppletieve en imperatieve recht, alsook over het voorwerp van het te sluiten contract.³⁰⁴⁷ Het bovenstaande maakt onmiddellijk duidelijk dat het verwerven en verwerken van informatie een aanzienlijke kostprijs heeft. Een rationele marktdeelnemer zal daarom ook het vrijwillig verzamelen van informatie beperken.³⁰⁴⁸

1112. *Onderscheid tussen zoekgoederen, ervaringsgoederen en vertrouwensgoederen* – De consument heeft vaak geen informatie over de prijs en de kwaliteit van de aangeboden producten en diensten. Wanneer de consument onvolledige informatie heeft over de kwaliteit van de goederen, bestaat de kans dat hij goederen aankoopt die niet volledig beantwoorden aan zijn verwachtingen. Een belangrijk onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen zoekgoederen (*search goods*), ervaringsgoederen (*experience goods*) en vertrouwensgoederen (*credence goods*). Bij een zoekgoed kan de kwaliteit door de koper worden vastgesteld vóór de aankoop ervan. Een voorbeeld van een zoekkenmerk is de kleur van een maatkpak. Bij ervaringsgoederen kan de kwaliteit door de koper pas na de aankoop worden vastgesteld, eens het goed gebruikt of geconsumeerd wordt. Als voorbeeld kan verwezen worden naar de kracht van een waspoeder om vlekken te verwijderen. Bij vertrouwensgoederen zal de kwaliteit pas

Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, 180-181; TERRY, *Bedenk tijden in het consumentenrecht*, 2008, 17-18 en 527-528.

³⁰⁴⁴ Wanneer een gebrek aan concurrentie aan de aanbodzijde aan de basis ligt van inefficiënties, dan moeten deze inefficiënties bestreden worden door middel van het mededingingsrecht. Het verbod op kartelafspraken en het verbod op misbruik van machtspositie zijn enkele mogelijke remedies. Zie R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, AA 1990, (787) 790.

³⁰⁴⁵ Dit is een afwijking van de situatie van producthomogeniteit die kenmerkend is voor een volkomen concurrentiële markt. Zie R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, AA 1990, (787) 791.

³⁰⁴⁶ R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, AA 1990, (787) 790.

³⁰⁴⁷ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 82-83.

³⁰⁴⁸ H. KERKMEESTER, “Methodology: General”, in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (383) 385; E. MACKAAY, *Economics of Information and Law*, 1982, 107 e.v. en 117.

jaren na aankoop, of nooit worden vastgesteld, bijvoorbeeld bij een onnodig herstel van een televisie of een overbodige operatie.³⁰⁴⁹

1113. *Asymmetrische informatie* – Het probleem van asymmetrische informatie doet zich vaak voor bij ervarings- en vertrouwensgoederen.³⁰⁵⁰ POSNER illustreert het probleem inzake asymmetrische informatie aan de hand van volgend voorbeeld. Een vervoerder heeft twee soorten klanten: verzenders die een groot verlies lijden bij een verkeerde levering (*high-value shippers*), enerzijds, en verzenders die slechts een klein verlies lijden in geval van verkeerde levering (*low-value shippers*), anderzijds. De vervoerder die een bepaalde lading vervoert, weet niet met welk type verzender hij in dat concrete geval samenwerkt. Hij kent enkel de verhouding van beide types verzenders op de markt. De verzenders weten daarentegen wel tot welke categorie zij behoren. Het verlies dat door middel van voorzorgsmaatregelen vermeden wordt, is hoger bij *high-value shippers* dan bij *low-value shippers*. Een optimaal efficiënte overeenkomst met een *high-value shipper* zou derhalve dure voorzorgsmaatregelen vereisen in hoofde van de vervoerder, dit terwijl zich bij een optimaal efficiënte overeenkomst met *low-value shippers* slechts geringe voorzorgsmaatregelen opdringen in hoofde van de vervoerder.

Bij volledige informatie zou de vervoerder een hogere prijs kunnen aanrekenen voor het vervoer met hoge voorzorgsmaatregelen dan voor een vervoer met lage voorzorgsmaatregelen. Aangezien hij niet over de volledige informatie beschikt, zal de vervoerder een tussenniveau van voorzorgsmaatregelen aannemen waarvoor hij ook een tussenprijs zal aanrekenen. De asymmetrie tussen de informatie waarover de vervoerder beschikt en deze waarover de verzenders beschikken, doet derhalve twee vormen van inefficiënties ontstaan. Vooreerst bereikt de vervoerder geen optimaal niveau van voorzorgsmaatregelen bij overeenkomsten met *high-value shippers*. Daarnaast zal de vervoerder weinig overeenkomsten afsluiten met *low-value shippers*, aangezien de gehanteerde tussenprijs voor onnodige maatregelen sommige *low-value shippers* uit de markt zal drijven. Er blijven daarentegen te veel overeenkomsten met *high-value shippers* bestaan, aangezien hun prijs gesubsidieerd wordt door de *low-value shippers* die op de markt blijven.³⁰⁵¹

1114. *Averechtse selectie* – Ten gevolge van asymmetrische informatie kan ook een proces van averechtse selectie ontstaan, waardoor de onderliggende productmarkt verstoord wordt. Het houdt in dat de goede producten door slechte producten van de markt verdreven worden, waardoor de markt uiteindelijk zelfs geheel kan instorten.³⁰⁵² Het probleem werd voor het eerst expliciet beschreven door AKERLOF in zijn gekende bijdrage “*The market for lemons*”.³⁰⁵³ Een *lemon* stemt overeen met een ondeugdelijk product of een product van slechte kwaliteit. Tot een markt waar onzekerheid of onwetendheid heerst over de kwaliteit van de aangeboden producten, treden vooral verkopers toe die producten met een lage kwaliteit aanbieden. Kopers die onvolledig geïnformeerd zijn over de kwaliteit van de goederen (bij ervarings- of vertrouwensgoederen), kunnen geen onderscheid maken tussen

³⁰⁴⁹ P. H. RUBIN, “Information Regulation (Including Regulation of Advertising)”, in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (271) 277. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 530-531.

³⁰⁵⁰ R. VAN DEN BERGH, “Economische analyse van het consumentenrecht”, AA 1990, (787) 791. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 531.

³⁰⁵¹ E.A. POSNER, “Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation”, in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (162) 165.

³⁰⁵² R. VAN DEN BERGH, “De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief”, in J. SMITS (ed.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, 2003, (79) 83; R. VAN DEN BERGH, “Le droit civil face à l’analyse économique du droit”, *RIDE* 1988, (229) 244-245.

³⁰⁵³ G.A. AKERLOF, “The Market for ‘lemons’: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics* 1970, 488-500.

producten van hoge of lage kwaliteit. Deze consumenten kopen dan ook geen dure producten aan, aangezien ze niet zeker zijn dat deze beantwoorden aan hun verwachtingen. Ze gaan dan ook uit van een gemiddelde kwaliteit en zijn enkel bereid een prijs te betalen die overeenstemt met een product van gemiddelde kwaliteit. Dat is zeer voordelig voor wie een slecht product aanbiedt, maar zeer nadelig voor wie een goed product aanbiedt. De verkopers op de markt die een betere kwaliteit aanbieden, worden genoodzaakt hun prijzen in diezelfde zin bij te sturen door hun productiekosten, en derhalve ook de kwaliteit van hun producten, te verlagen. Andere verkopers met uitstekende producten zullen de markt verlaten. Ten gevolge daarvan daalt de gemiddelde kwaliteit van de aangeboden producten, en zijn consumenten nog minder bereid om te betalen. Derhalve verlaten in een volgende fase ook verkopers van producten met een gemiddelde kwaliteit de markt. In een laatste fase worden enkel nog *lemons* aangeboden, wat uiteindelijk kan leiden tot het verdwijnen van die bepaalde consumptiemarkt.³⁰⁵⁴

Het bovenstaande proces toont aan dat de markt in geval van informatiestoornissen de mededinging stuurt in de richting van eenvoudig waarneembare producteigenschappen. Wanneer consumenten nauwelijks informatie kunnen bemachtigen over de veiligheid van het product maar wel over de prijs, dan worden de aanbieders die een minder veilig product aanbieden tegen een lagere prijs, beloond. Hetzelfde geldt indien consumenten zouden verkiezen om extra te betalen voor een garantie of een ander voordelig contractueel beding, maar de contractuele bedingen moeilijk vergeleken kunnen worden. Vele traditionele problemen inzake consumentenbescherming, zoals de bezwarende contractuele bedingen, kunnen beschouwd worden als een resultaat van dergelijke *lemon competition*.³⁰⁵⁵

1115. *Illustratie: verkoop van tweedehandse wagens* – Bovenstaande bevindingen worden door AKERLOF geïllustreerd aan de hand van de markt van de verkoop van tweedehandse wagens. Vertrekpunt is de vaststelling van een groot prijsverschil tussen nieuwe wagens en recente tweedehandse wagens, en de zoektocht naar een verklaring voor dit prijsverschil. De auteur veronderstelt dat vier types van wagens mogelijk zijn: *enerzijds* zijn er nieuwe wagens en tweedehandse wagens; *anderzijds* zijn er goede wagens en slechte wagens (of *lemons*). Een nieuwe wagen kan een goede of slechte wagen zijn. Hetzelfde geldt voor de tweedehandse wagens. Wie een nieuwe wagen koopt, weet niet of die wagen een goede wagen of een *lemon* is. Hij kan wel met een bepaalde waarschijnlijkheid (*probability*) bepalen of de wagen van goede of slechte kwaliteit is. Na de wagen gedurende een bepaalde tijd te bezitten en te gebruiken kan de eigenaar zich een goed idee vormen van de kwaliteit van het voertuig. De eigenaar kan een nieuwe schatting maken van de kans dat zijn wagen van goede kwaliteit dan wel een *lemon* is. Die nieuwe schatting is in ieder geval accurater dan de originele schatting. Derhalve heeft zich een *informatieasymmetrie* ontwikkeld: verkopers hebben meer kennis van de kwaliteit van een wagen dan de kopers. Desalniettemin worden goede en slechte wagens aan dezelfde prijs verkocht, aangezien het onmogelijk is voor de koper om het verschil tussen een goede en een slechte wagen te herkennen. Het is duidelijk dat een tweedehandse wagen niet dezelfde waarde kan hebben als een nieuwe wagen. Mocht dat wel het geval zijn, dan zou het duidelijk voordeliger zijn om een tweedehandse *lemon* te verhandelen aan de prijs van een nieuwe wagen, en vervolgens een nieuwe wagen te kopen met een hogere kans dat het een goede wagen is en een lagere kans dat het een

³⁰⁵⁴ G.A. AKERLOF, "The Market for 'lemons': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics* 1970, (488) 490. Zie ook G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 67-69; R. VAN DEN BERGH, "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief", in J. SMITS (ed.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, 2003, (79) 83.

³⁰⁵⁵ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 510-511. Meer hierover, zie *infra*, nr. 1143.

slechte wagen is. De eigenaar van een goede wagen ontvangt dus niet alleen niet de echte waarde voor zijn tweedehandse wagen (goede en slechte wagens worden immers aan dezelfde prijs verkocht), hij kan evenmin de verwachte waarde voor een nieuwe wagen bekomen. Dit leidt ertoe dat de meeste verhandelde voertuigen *lemons* zijn. De slechte wagens verdrijven immers de goede wagens van de (tweedehandse) markt, aangezien ze aan dezelfde prijs verkocht worden doordat de koper onmogelijk het onderscheid tussen een goede en slechte wagen kan maken. Enkel de verkoper-eigenaar van het tweedehandse voertuig beschikt over de informatie om het voertuig als een goede of een slechte wagen te kunnen beschouwen.³⁰⁵⁶

1116. *Andere informatiestoornissen* – Ook andere informatiestoornissen kunnen verhinderen dat voldoende en correcte productinformatie aan de consument ter beschikking wordt gesteld. Informatie vertoont immers de eigenschappen van een publiek goed. Zo brengt de aankoop, de productie en het gebruik van informatie door consumenten voordelen met zich mee voor andere niet-geïnformeerde consumenten. Verkopers worden er immers toe aangezet om de geïnformeerde consumenten te overtuigen door middel van betere aanbiedingen, d.i. een lagere prijs of een hogere kwaliteit. Daarvan profiteren ook de niet-geïnformeerde consumenten die willekeurig aankopen. Dat leidt er toe dat over het algemeen te weinig informatie zal geproduceerd worden, ook al is de informatiemarkt voor het overige competitief.³⁰⁵⁷ Eens de informatie vergaard is, kan deze ook gemakkelijk verspreid worden aan een lage marginale kost. Kopers kunnen de informatie ook doorverkopen aan anderen (*free-rider externality*). Ook deze elementen werken een ontoereikende informatieverstrekking in de hand.³⁰⁵⁸ Daarnaast kan de informatiestoornis ook bestaan in het verspreiden van valse informatie en het achterhouden van negatieve informatie.³⁰⁵⁹ Ook een machtspositie kan een *incentive* zijn om onzekerheid of onvolledige informatie te exploiteren of zelfs te creëren.³⁰⁶⁰

ii. Informatiemaatregelen als regulering

1117. *Belang van informatie* – Het belang van informatie voor een efficiënte werking van de markt is alomtegenwoordig en aanvaard. Informatie aangaande de prijs, de kwaliteit en andere elementen, zoals de contractuele bedingen, laten consumenten toe om hun budget optimaal te benutten door het product te vinden met de prijs-kwaliteit-verhouding die hun voorkeur wegdraagt. Dat kopers erin slagen om deze producten te vinden, stimuleert de verkopers om hun aanbiedingen te verbeteren, zodat kopers de verkoper met de aanbieding die zij verkiezen, kunnen vinden en belonen. Zonder deze informatie zou de *incentive* in hoofde van de verkoper om te concurreren over prijs en kwaliteit verzwakt worden, en zou de welvaart van de consument dalen.³⁰⁶¹

³⁰⁵⁶ G.A. AKERLOF, "The Market for 'lemons': Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics* 1970, (488) 489.

³⁰⁵⁷ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 503.

³⁰⁵⁸ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 503 e.v. Zie ook bij TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 531.

³⁰⁵⁹ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 505.

³⁰⁶⁰ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 507.

³⁰⁶¹ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 492. In dezelfde zin, F.S. MCCHESENEY, "Consumer Ignorance and Consumer Protection Law: Empirical Evidence from the FTC Funeral Rule", *Journal of Law and Politics* 1990, (1) 1.

1118. *Opkomst van informatiemaatregelen* – De maatregelen inzake consumentenbescherming die uitgevaardigd en ontwikkeld werden in de jaren '60 en '70, kwamen op het einde van 20^e eeuw onder druk te staan. De technologische vooruitgang en de globalisering hebben ertoe geleid dat de waaier aan consumentenproducten sterk uitgebreid is, waardoor specifieke productregulering haast onmogelijk werd. Daarnaast is de economische analyse van consumenten- en producentengedrag sterk gewijzigd, waardoor de eerdere benadering van het consumentenbeleid in twijfel werd getrokken. Het consumentenbeleid werd herdacht. Informatie en informatiemaatregelen kwamen daarin centraal te staan.³⁰⁶²

1119. *Informatieverstrekking en informatie-gerelateerde regulering* – Informatiemaatregelen genieten vanuit rechtseconomisch standpunt de voorkeur boven andere reguleringsvormen ter bescherming van de consument. Inefficiënte resultaten ten gevolge van inadequate informatie aan de consumenten kan het best aangepakt worden via informatieregulering. Op die manier wordt op minder rigide wijze ingegrepen op de markt en kunnen consumenten nog steeds hun eigen keuzes maken. Informatiemaatregelen laten de markt ook toe om zich aan te passen aan de wijzigende consumentenbehoeften en productietechnologieën.³⁰⁶³ Deze rechtseconomische analyse stemt dan ook overeen met het subsidiariteitsbeginsel dat we hanteerden bij de categorisering van de compenserende instrumenten.³⁰⁶⁴

1120. *Informatiegerichte benadering van consumentenbeleid* – Ondanks de algemene aanvaarding van het belang van informatie aan de consument, moet nog vastgesteld worden *wanneer* de overheid moet reageren op informatieproblemen in hoofde van de consument en *hoe* dat moet gebeuren.³⁰⁶⁵ HADFIELD, HOWSE en TREBILCOCK ontwikkelden een checklist of een stappenplan voor een informatiegerichte benadering van een consumentenbeleid.

1121. *Stap 1: identificatie van het probleem* – Bij de vraagstelling of er een probleem van consumentenbescherming rijst, moet de markt in kwestie allereerst worden gekwalificeerd als competitief, onvolmaakt competitief of niet-competitief (in geval van een monopolie). Op die manier kan worden vastgesteld of de problemen *structureel* zijn, en derhalve aangepakt moeten worden via het mededingingsrecht of via economische regulering, dan wel *informatiegerelateerd* zijn. Bij consumentenbescherming ligt de focus op de kwaliteit en de kost van informatie voor de consument. Een basisinformatiemodel van een consumententransactie waarbij de consument een beslissing neemt over hoeveel inkomsten besteed worden aan informatie voorafgaandelijk aan de transactie, vormt het uitgangspunt. Daardoor worden twee belangrijke kenmerken van de markt geïsoleerd, met name (i) de waarde van informatie, waarmee men doelt op het voordeel dat informatie waarschijnlijk zal brengen voor de consument in de zin van het maken van een betere keuze bij aankoop van goederen tegen welke prijs, en (ii) de informatiekost. Verwacht wordt dat consumenten beter geïnformeerd zijn over goederen en diensten die ze kopen, en dus minder nood hebben aan consumentenbescherming, wanneer de informatiekost laag is in vergelijking met de waarde ervan. Daarentegen kunnen problemen rijzen, in de zin dat consumenten niet krijgen wat ze van plan waren te kopen, wanneer de informatiekosten relatief

³⁰⁶² H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 491-492; G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 131-132.

³⁰⁶³ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 513-514. In dezelfde zin, zie TERRY, *Bedenkrijden in het consumentenrecht*, 2008, 532.

³⁰⁶⁴ *Supra*, nr. 124.

³⁰⁶⁵ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 494.

hoog zijn of de waarde van informatie als relatief laag wordt gepercipieerd. Het is in ieder geval van belang de potentiële bronnen van informatiestoornissen te achterhalen.³⁰⁶⁶

1122. *Stap 2: beslissing over noodzaak en geschiktheid van regulering* – De identificatie van het probleem schept geen onweerlegbaar vermoeden dat de overheid moet reguleren. De vraag rijst *of* en *waarom* de markt zelf geen oplossing zal aandienen binnen een redelijke termijn, of *waarom* die oplossing niet optimaal is. Volgende eigenschappen van een competitieve markt wijzen erop dat zo'n oplossing eerder onwaarschijnlijk is: het feit dat herhaalde transacties zeldzaam zijn, het feit dat de markt gekenmerkt wordt door lage in- en uitstapkosten, ... Indien zo'n marktfalen geïdentificeerd wordt, dan nog moet de overheid enkel tussenkomen indien dit wenselijk en efficiënt is (*cost effective*). Consumentenbescherming is wenselijk, indien het consumenten beter maakt, d.i. indien de inschatting van de consument inzake de waarde van informatie verbeterd wordt, en/of indien de informatiekost verlaagd wordt.³⁰⁶⁷

1123. *Stap 3: keuze van reguleringsvorm* – Instrumenten die informatie verwerven die kostelijk is voor consumenten om te interpreteren of toegang toe te krijgen, kunnen contra-productief zijn. De auteurs pleiten dan ook voor een herevaluatie van tal van wetten en reguleringen ter bescherming van de consument, bijvoorbeeld deze die informatieplichten opleggen. Zij wijzen ook op een te groot vertrouwen in informatie. Meer ingrijpende instrumenten (bv. een verbod van bepaalde producten), kunnen in bepaalde gevallen efficiënter zijn om de informatiekosten te verlagen. Derhalve moet er bij de keuze van het geschikte instrument een afweging gebeuren tussen de verlaging van de informatiekost enerzijds, en het maximaliseren van de keuzemogelijkheden in hoofde van de consument, anderzijds.³⁰⁶⁸

1124. *Kanttekening* – Er mag niet uit het oog verloren worden dat informatie ook kosten met zich meebrengt. Derhalve zal een rationele marktdeelnemer het vrijwillig verzamelen van informatie beperken.³⁰⁶⁹ Ook overheidsinterventie moet er derhalve niet op gericht zijn de consument perfect te informeren.³⁰⁷⁰ Daarenboven kunnen ook transactiekosten voortvloeien uit regulering. Een goed overzicht van de kosten van de informatiestoornis, enerzijds, en de kosten die de regulering met zich meebrengt, anderzijds, is derhalve noodzakelijk. Enkel een goede kosten-baten-analyse kan aanwijzen of de (informatie)regulering de geschikte keuze is.³⁰⁷¹ Globaal beschouwd kan gesteld worden dat regulerende tussenkomsten, en derhalve ook informatiereguleringen, beperkt moeten blijven tot die gevallen waar onvolkomenheden inzake informatie duidelijk leiden tot een aanzienlijke schade voor de consument die daarenboven op een kostenefficiënte wijze kunnen worden weggewerkt (zonder neveneffecten te creëren die een grotere schade berokkenen).³⁰⁷²

³⁰⁶⁶ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 152-153 en 164.

³⁰⁶⁷ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 156 en 164. In dezelfde zin, F.S. MCCHESENEY, "Consumer Ignorance and Consumer Protection Law: Empirical Evidence from the FTC Funeral Rule", *Journal of Law and Politics* 1990, (1) 1.

³⁰⁶⁸ G.K. HADFIELD, R. HOWSE, en M.J. TREBILCOCK, "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP* 1998, (131) 158-159.

³⁰⁶⁹ *Supra*, nr. 1111.

³⁰⁷⁰ A. SCHWARTZ en L.L. WILDE, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", *University of Pennsylvania Law Review* 1979, (630) 630.

³⁰⁷¹ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 535.

³⁰⁷² H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 512. Zie ook TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 532.

c. Voorlopig besluit

1125. *Centrale rol voor informatie* – Bovenstaande schets van de rechtseconomische analyse van informatietekorten en -asymmetrieën heeft aangetoond dat verschillende informatiestoornissen marktfalingen kunnen veroorzaken en de *rationele keuze* in hoofde van de consument kunnen verhinderen. Het belang van informatie en een informatiegerichte benadering van het consumentenbeleid werd benadrukt. Evenwel vormen informatieplichten niet steeds het geschikte instrument om een informatiestoornis aan te pakken. Dit blijkt hierna uit de bestudering van de problematiek van het gebruik van standaardbedingen.

3. Regulering van de contractinhoud

1126. *Algemeen* – Een aantal regels uit het contractenrecht omvatten reguleringen van de contractinhoud, in die zin dat de contractvrijheid beperkt wordt en/of bepaalde contractuele clausules verboden worden. Deze reguleringen liggen verspreid over verschillende rechtsfiguren en theorieën, zoals het vereiste van een geoorloofde oorzaak, de beperkende werking van de goede trouw, de gekwalificeerde benadeling, ... De rechtseconomische literatuur inzake de regulering van de contractinhoud is zeer uitgebreid. Enkele bijzondere topics springen in het oog, met name het gebruik van standaardcontracten en het *signing-without-reading*-probleem.³⁰⁷³ Alvorens deze topics aan te snijden, situeren we kort enkele algemene rechtseconomische beschouwingen inzake regulering van de contractinhoud.

a. Algemene beschouwingen

1127. *Rechtseconomische theorieën* – Inzake regulering van de contractinhoud kunnen globaal beschouwd twee rechtseconomische theorieën onderscheiden worden. Vooreerst werd een reguleringstheorie uitgewerkt door STIGLER³⁰⁷⁴, die later verfijnd werd door POSNER³⁰⁷⁵. Regulering van de contractinhoud wordt er bestempeld als inefficiënt en als een overheidsfalen, aangezien reguleringen beschouwd worden als beslissingen van politici genomen onder druk van belangengroeperingen.³⁰⁷⁶ Daarnaast staat de oudere theorie inzake regulering van de contractinhoud, met name de *public interest theory*. In deze theorie staat niet zozeer het overheidsfalen, maar wel het marktfalen centraal. Regulering van de contractinhoud treedt immers vooral op de voorgrond bij marktfalingen, zoals monopolievorming, gebrek aan informatie bij de consument, externe effecten, irrationeel gedrag van sommige individuen, ...³⁰⁷⁷

1128. *Deelaspecten van regulering van contractinhoud* – Vijf deelaspecten van regulering van de contractinhoud kunnen onderscheiden worden, met name (i) het verbod op steeds inefficiënte clausules, (ii) het verbod op clausules die externe effecten veroorzaken, (iii) de prijsregulering, (iv) de *ex post* regulering bij lange termijn contracten en (v) de paternalistische regulering. Deze deelaspecten kunnen steeds gekoppeld worden aan bepaalde oorzaken van marktfalingen. Zo houden deelaspecten

³⁰⁷³ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 268.

³⁰⁷⁴ G.J. STIGLER, "Free Riders and Collective Action: an Appendix to Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics* 1974, 359-365; G.J. STIGLER, "The Theory of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics* 1971, 3-21.

³⁰⁷⁵ R.A. POSNER, "Theorie of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics* 1974, 335-358.

³⁰⁷⁶ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 269 e.v.

³⁰⁷⁷ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 270.

(i), (iv) en (v) verband met informatiestoornissen.³⁰⁷⁸ Enkel het deelaspect inzake het verbod op steeds inefficiënte clauses is in het kader van dit proefschrift relevant, en wordt hierna kort besproken.

1129. *Verbod op steeds inefficiënte clauses* – Een clause is steeds inefficiënt, en derhalve nietig, wanneer geen enkele rationele partij deze ooit zou aanvaarden. Een informatieprobleem ligt daaraan ten grondslag: ofwel was er een *signing-without-reading*-probleem, ofwel is de contractpartij niet rationeel. Vallen o.m. hieronder: gokclauses, clauses die steeds leiden tot hogere uitvoeringskosten die niet gecompenseerd worden door een ander economisch voordeel (bv. exoneration voor opzet, clauses tot uitsluiting van de schadebeperkingsplicht in hoofde van de schuldeiser, clauses die speculeren op de vergeetachtigheid van de schuldenaar), kwaliteitsnormen waarbij de bijkomende productiekosten bij geen van de contractanten opwegen tegen het verhoogde nut (bv. minimale hygiëne- en gezondheidsnormen bij voedingswaren, minimale veiligheidsnormen bij speelgoed), clauses die bedrog toelaten in de precontractuele fase (bv. exoneration voor verborgen gebreken die de verkoper kende), clauses die steeds leiden tot hogere bewijs- en afdwingingskosten dan optimaal is, en niet gecompenseerd worden door een ander voordeel (bv. exoneration clause voor bedrog bij productie van bewijsmateriaal) en clauses die een brief geven voor opportunistisch gedrag (bv. zuiver potestatieve voorwaarde in hoofde van schuldenaar).³⁰⁷⁹

b. Gebruik van standaardcontracten en het *signing-without-reading*-probleem

1130. *Voorafgaande vaststelling* – Standaardbedingen zijn eigen aan onze maatschappij. Ze worden niet enkel, zelfs niet hoofdzakelijk, aangeboden door monopoliehouders. In heel wat competitieve markten wordt gebruik gemaakt van standaardcontracten (bv. de verzekeringssector, de hotelsector, bij parkingcontracten, ...).³⁰⁸⁰ Die contracten bevatten evenwel heel vaak bezwarende bedingen voor de consument.³⁰⁸¹

i. Mogelijke stoornissen ten gevolge van het gebruik van standaardcontracten

1131. *Functie van standaardcontracten* – Standaardcontracten hebben als belangrijke economische functie het uitsparen van transactiekosten.³⁰⁸² Het uitdenken van contractvoorwaarden en het onderhandelen daarover is immers zeer tijdrovend en kostelijk. Indien over ieder contract onderhandeld zou worden, dan zouden de kosten voor het contracteren, die in een competitieve economie gedragen worden door de consument, enorm stijgen.³⁰⁸³

³⁰⁷⁸ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 286.

³⁰⁷⁹ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 287-288.

³⁰⁸⁰ F. KESSLER, "Contracts of adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, (629) 631; W.D. SLAWSON, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", *Harvard Law Review* 1971, (529) 529.

³⁰⁸¹ L.A. KORNHAUSER, "Unconscionability in Standard Forms", *California Law Review* 1976, (1151) 1152.

³⁰⁸² Transactiekosten zijn de kosten van het onderhandelen, sluiten en afdwingen van contracten. Ze stijgen met de frequentie van de transacties (R. VAN DEN BERGH, "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief", in J. SMITS (ed.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, 2003, (79) 81, voetnoot 4). Zie aangaande dit begrip ook D.W. Allen, "Transaction costs", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, 893-926; G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 42 e.v. Zie ook *supra*, nr. 775.

³⁰⁸³ R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 302; G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 280; A. KATZ, "Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts", *RAND Journal of Economics* 1990, (518) 520; T.S. ULEN, "Rational Choice Theory in Law and Economics", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, (383) 799. In dezelfde zin, H. SWENNEN, "Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten", in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 55.

Daarnaast kunnen standaardbedingen ook de mededinging omtrent de prijs verhogen, doordat de differentiatie tussen de verschillende contracten verminderd wordt. Volgend eenvoudig voorbeeld illustreert dit. Op de markt zijn tandpasta's voorhanden in verschillende maten, vormen, kleuren, texturen en smaken. Deze productdifferentiatie wordt door de fabrikanten uitgespeeld om klanten te overtuigen hun product te kopen. Door deze productdifferentiatie wordt prijsvergelijking tussen deze verschillende tandpasta's moeilijker. Een prijsvergelijking, en de mededinging aangaande de prijs, zou een stuk intenser zijn, indien alle tandpasta's dezelfde waren. Hetzelfde geldt inzake contractuele bedingen.³⁰⁸⁴ Tot slot vergroot het gebruik van standaardcontracten ook de rechtszekerheid. Standaardbedingen worden doorheen de jaren immers uitgetest voor hoven en rechtbanken, en indien nodig verbeterd. Partijen hebben hierdoor meer informatie over de precieze draagwijdte en de rechtsgeldigheid van de bedingen.³⁰⁸⁵

1132. *Afwezigheid van onderhandelingen* – Consumenten stemmen – als *contract term takers* – zonder onderhandelingen in met de standaardcontracten van de verkoper.³⁰⁸⁶ Dat bij standaardcontracten weinig ruimte bestaat voor onderhandelingen (behoudens over de prijs en het voorwerp) is logisch, indien men de functie van standaardcontracten, met name het verminderen van de transactiekosten, voor ogen houdt.³⁰⁸⁷ Op zich vormt dit geen probleem, op voorwaarde dat de consument over een voldoende waaier aan contractuele aanbiedingen beschikt op de markt.³⁰⁸⁸ Onderhandelingen over individuele transacties is geen vereiste voor de gelijkheid van de onderhandelingsmacht tussen consument en leverancier.³⁰⁸⁹

1133. *Ongelijke onderhandelingsmacht* – De discussie over het gebruik van standaardcontracten kwam in de VS op gang naar aanleiding van een artikel van KESSLER in 1943.³⁰⁹⁰ Volgens deze auteur halen vooral ondernemingen met een sterke onderhandelingsmacht (*strong bargaining power*) voordeel uit het gebruik van standaardcontracten. De zwakke contractpartij, die een product of een dienst nodig heeft, bevindt zich veelal niet in een positie om betere voorwaarden te bekomen, ofwel omdat de opsteller van het standaardcontract monopoliehouder is, ofwel omdat alle aanbieders dezelfde clausules hanteren. Vanuit deze vaststelling besluit KESSLER dat standaardcontracten heel vaak toetredingscontracten zijn (*contracts of adhesion*).³⁰⁹¹

TREBILCOCK heeft daarentegen steeds benadrukt dat er geen empirisch verband bestaat tussen het gebruik van standaardcontracten bij transacties met consumenten en een machtspositie in hoofde van de verkoper. Standaardcontracten worden gebruikt in overeenkomsten met consumenten om dezelfde

³⁰⁸⁴ R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 302.

³⁰⁸⁵ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 280.

³⁰⁸⁶ V.P. GOLDBERG, "Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand", *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 462.

³⁰⁸⁷ A. KATZ, "Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts", *RAND Journal of Economics* 1990, (518) 520; M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 105-106.

³⁰⁸⁸ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 105-106.

³⁰⁸⁹ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 105-106.

³⁰⁹⁰ F. KESSLER, "Contracts of adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, 629-642. Standaardcontracten werden door deze auteur op een eerder negatieve wijze benaderd, ook al wees KESSLER erop dat standaardcontracten gepaard gaan met een kostenverlaging die gereflecteerd wordt in een lagere prijs, en derhalve de ganse gemeenschap ten goede komt. Zie F. KESSLER, "Contracts of adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, (629) 632. Zie ook G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 273-274.

³⁰⁹¹ F. KESSLER, "Contracts of adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, (629) 632.

reden als bij handelstransacties, omwille van een vermindering van de transactiekosten. Deze bedingen worden trouwens gebruikt in tal van domeinen waar er geen marktconcentratie voorhanden is.³⁰⁹² Dat de producten aangeboden worden op een *take-it-or-leave-it*-basis, vormt geen bewijs van een machtspositie op de markt (*market power*), maar toont enkel aan dat noch de producenten noch de consumenten belang hebben bij hogere kosten door het afzonderlijk onderhandelen van iedere transactie. De echte maatstaf om een machtspositie op de markt te meten, ligt niet in het aanbieden door de producent van zijn voorwaarden op een *take-it-or-leave-it*-basis, maar wel in de vraag of de consument die besluit “*to leave it*” een normaal aantal alternatieven heeft.³⁰⁹³ De stelling dat standaardcontracten in consumentencontracten enkel verklaard kunnen worden doordat ze opgelegd kunnen worden door een partij die zo’n onderhandelingsmacht heeft, *ofwel* alleen uitgeoefend (monopolie) *ofwel* in samenwerking met anderen (kartel), dat het hem toelaat deze contractvoorwaarden als enige mogelijke voorwaarden naar voor te schuiven, is niet houdbaar.³⁰⁹⁴ Wanneer kopers geïnformeerd zijn en de markt is competitief, dan zijn standaardbedingen in contracten efficiënt. Het echte probleem ligt in de onwetendheid van de koper, niet in de afwezigheid van onderhandelingsmacht.³⁰⁹⁵

1134. *Signing-without-reading-probleem* – Bij de vergelijking tussen de verschillende aanbiedingen van contractvoorwaarden op de markt, treden informatieproblemen op de voorgrond. Het verwerven en verwerken van informatie aangaande standaardbedingen heeft een aanzienlijke kostprijs. Derhalve blijft de consument niet zoeken totdat hij de gewenste combinatie van prijs, hoeveelheid en contractuele bedingen verkrijgt. Hij zoekt daarentegen informatie zolang de verwachte marginale voordelen van bijkomende informatie de marginale kosten ervan overtreffen.³⁰⁹⁶

Aangezien de kosten voor het verwerven en verwerken van informatie zo hoog liggen, zullen weinig consumenten de standaardbedingen (gedetailleerd) lezen alvorens het contract wordt afgesloten (behoudens indien die standaardbedingen als verkoopsargument worden uitgespeeld).³⁰⁹⁷ Indien ze de bedingen toch lezen, dan begrijpen ze deze heel vaak niet.³⁰⁹⁸ Deze twee problemen, d.i. het niet lezen en het niet begrijpen van contractuele clausules, worden aangeduid met het begrip *signing-without-*

³⁰⁹² M.J. TREBILCOCK, “The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords”, *University of Toronto Law Journal* 1976, (359) 364. Zie ook G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 275-276.

³⁰⁹³ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, “Judicial control of standard form contracts”, in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 99; M.J. TREBILCOCK, “The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords”, *University of Toronto Law Journal* 1976, (359) 365 en 369. Zie ook M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 339-340.

³⁰⁹⁴ M.J. TREBILCOCK, “The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords”, *University of Toronto Law Journal* 1976, (359) 366.

³⁰⁹⁵ R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 304.

³⁰⁹⁶ V.P. GOLDBERG, “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 483-484. Zie ook *supra*, nrs. 1111 en 1124.

³⁰⁹⁷ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 492-493; R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 304; V.P. GOLDBERG, “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 485; A. KATZ, “Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts”, *RAND Journal of Economics* 1990, (518) 519-520; L.A. KORNHAUSER, “Unconscionability in Standard Forms”, *California Law Review* 1976, (1151) 1152 en 1179 e.v.; I.R. MACNEIL, “Bureaucracy and Contracts of Adhesion”, *Osgoode Hall Law Journal* 1984, (5) 5-6. In dezelfde zin, H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 56.

³⁰⁹⁸ H. BEALES, R. CRASWELL en S.C. SALOP, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, *Journal of Law and Economics* 1981, (491) 492-493; R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 304; M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, “Judicial control of standard form contracts”, in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 104. Zie ook W.D. SLAWSON, “Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power”, *Harvard Law Review* 1971, (529) 530.

reading-probleem.³⁰⁹⁹ Verschillen tussen de aanbiedingen van verscheidene aanbieders worden dan ook niet opgemerkt. De vraag rijst of daaruit volgt dat de leverancier onbeperkt en eenzijdig risico's en verbintenissen ten laste kan leggen van de ongeïnformeerde consument.³¹⁰⁰

1135. *Economisch probleem* – Het *signing-without-reading*-probleem leidt op verschillende vlakken tot economische verspilling. Vooreerst zijn de clausules zelf inefficiënt, aangezien het voordeel voor de bedinger niet opweegt tegen het nadeel voor de medecontractant. Rationeel geïnformeerde partijen zouden dergelijke clausules nooit afspreken. Daarnaast ontstaat een *prisoner's dilemma*. Sommige medecontractanten anticiperen hierop door geen of minder vaak contracten af te sluiten. Welvaartsvermeerderende contracten verdwijnen, omdat consumenten hun vertrouwen verliezen. De consument vreest dat de wederpartij hem achteraf zal *verraden* door een *unfaire clause* in te roepen. Er treedt ook averechtse selectie op. Eerlijke opstellers van contracten verdwijnen van de markt, aangezien zij een hogere prijs moeten vragen in ruil voor de betere clausules die zij aanbieden.³¹⁰¹ Tot slot moet ook gewezen worden op de te hoge informatiekosten die gemaakt worden door sommige consumenten. Zij lezen het contract steeds opnieuw, omdat ze bevreesd zijn voor addertjes onder het gras. Wanneer deze echter niet aanwezig zijn, worden overbodige kosten gemaakt.³¹⁰²

1136. *Belangrijke rol voor de searchers?* – Ook indien de consument de standaardbedingen niet gelezen of niet begrepen heeft (*signing-without-reading*-probleem), dan volgt daaruit volgens sommige auteurs niet noodzakelijk dat de verkoper bezwarende bedingen kan opnemen. In dit verband wordt het belang van de verscheidene types van consumenten aangestipt. Sommige consumenten consulteren veel en verschillende informatie (*extensive searchers*), anderen zoeken nauwelijks informatie op (*non-searchers*); nog anderen situeren zich tussenin (*moderate searchers*). Verkopers kunnen, bij massatransacties waar het gebruik van standaardbedingen gebruikelijk is, de verschillende types van consumenten niet onderscheiden, of het is te duur om dat te doen. Indien derhalve voldoende *searchers* bestaan, dan worden verkopers gestimuleerd om dezelfde bedingen aan te bieden aan *non-searchers*. Stemmen de voorkeuren van *searchers* overeen met die van *non-searchers*, dan zal de mededinging tussen de verkopers ertoe leiden dat alle consumenten beschermd worden. De vraag die rijst, is derhalve *niet zozeer* of consumenten voldoende geïnformeerd zijn om hun eigen belangen te maximaliseren, maar *veeleer* of de mededinging tussen producenten om bijzondere groepen van *searchers* voldoende is om optimale prijzen en bedingen te verkrijgen voor alle consumenten.³¹⁰³ Zijn er voldoende consumenten die zich bewust zijn van de inhoud van standaardbedingen (*searchers*) om druk uit te oefenen op de verkopers, teneinde deze bedingen om te buigen tot aanvaardbare clausules?³¹⁰⁴

De rol van de *searchers* moet genuanceerd worden. Er wordt immers benadrukt dat de kosten voor het verwerven en verwerken van informatie aangaande contractvoorwaarden hoger liggen dan bij

³⁰⁹⁹ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 284.

³¹⁰⁰ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 104.

³¹⁰¹ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 285.

³¹⁰² G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 285.

³¹⁰³ A. SCHWARTZ en L.L. WILDE, "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", *University of Pennsylvania Law Review* 1979, (630) 638. Zie ook M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 340.

³¹⁰⁴ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 105-106.

het vergelijken en evalueren van de prijs of de kwaliteit van de goederen.³¹⁰⁵ Derhalve zullen op het vlak van informatievergaring inzake contractuele bedingen weinig *searchers* zijn.³¹⁰⁶ Ook moet gewezen worden op enkele onderzoeksresultaten uit de *behavioural law and economics*. Risicobeoordeling wordt immers ondermijnd door irrationale fenomenen. Door een onrealistisch optimisme en een te groot zelfvertrouwen gaan mensen ervan uit dat slechte zaken hen minder vaak overvallen dan anderen.³¹⁰⁷ KATZ wijst in dit verband ook op het gevaar voor een vorm van averechtse selectie. Een deel van de consumenten leest de standaardbedingen wel (*searchers*). Van deze lezers zal een deel de kwaliteit van deze bedingen het meest appreciëren. Zij krijgen echter slechts die kwaliteit voorgeschoteld die juist voldoende is om hen te overhalen het aanbod te aanvaarden. Derhalve zal deze groep het niet langer de moeite vinden om inspanningen te doen voor het lezen van de bedingen. Deze lijn kan doorgetrokken worden naar de meest kwaliteitsgevoelige groep van lezers. Uiteindelijk blijven geen lezers meer over. Derhalve zal een regel die harde gevolgen verbindt aan het verzaken om contracten zorgvuldig te lezen, kopers niet aanzetten tot het lezen van deze standaardbedingen.³¹⁰⁸ COOTER en ULEN wijzen erop dat standaardcontracten vaak ook in een ganse sector worden gebruikt. Daaruit volgt dat er geen mededinging bestaat over deze bedingen onder verkopers.³¹⁰⁹ Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de rol van *searchers* bij toepassing van standaardbedingen niet zo krachtig is.

ii. Mogelijke remedies

1137. *Ontoereikendheid van zuivere informatieremedies* – Gelet op het *signing-without-reading*-probleem moet geoordeeld worden dat zuivere informatieremedies ontoereikend of niet efficiënt zijn om het probleem inzake standaardcontracten op te lossen. Dat standaardbedingen in een groot lettertype en in een leesbare taal opgesteld moeten worden, impliceert geenszins dat consumenten deze bedingen op voorhand zullen lezen. Er moet voor ogen worden gehouden dat het lezen en het verwerken van (vaak complexe) standaardbedingen vanuit economisch oogpunt het grote voordeel van standaardbedingen, met name een vermindering van de transactiekosten, teniet doet.³¹¹⁰ Contractuele documenten die door hun bewoordingen of door hun opstelling de consument misleiden, kunnen verboden worden. Er kunnen ook opvallende, specifieke toestemmingsvereisten vereist worden bij clausules die afwijken van de redelijke verwachtingen van de consument.³¹¹¹

1138. *Controle op het gebruik van standaardbedingen* – Sommige auteurs pleiten voor het opleggen van bepaalde contractuele regels, zoals een verbod op bepaalde bedingen. Hierdoor zou de toestand van de verkopers niet verslechteren (de winstmarge blijft immers dezelfde), maar zou de toestand van

³¹⁰⁵ V.P. GOLDBERG, “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 485. Zie ook M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340.

³¹⁰⁶ V.P. GOLDBERG, “Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand”, *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 485.

³¹⁰⁷ C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN en R. THALER, “A Behavioural Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* 1998, (1471) 1524. Zie ook M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340-341.

³¹⁰⁸ A. KATZ, “Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts”, *RAND Journal of Economics* 1990, (518) 519-520.

³¹⁰⁹ R. COOTER en T. ULEN, *Law & Economics*, 2008, 302.

³¹¹⁰ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, “Judicial control of standard form contracts”, in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 115-116. Zie ook M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340-341.

³¹¹¹ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, “Judicial control of standard form contracts”, in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 114.

de meeste consumenten wel verbeteren.³¹¹² Voor een rechterlijke toetsing van standaardbedingen dienen volgens sommige auteurs enkele voorwaarden vervuld te zijn, met name (i) er moeten maatstaven (*standards*) beschikbaar zijn die de rechter kan toepassen, (ii) de maatstaven moeten gemakkelijk kunnen worden bepaald en (iii) ze moeten lang genoeg relevant blijven om bruikbaar te zijn.³¹¹³ Bij de rechterlijke toetsing van prijzen zou niet voldaan zijn aan deze tweede en derde voorwaarde. De maatstaf van vraag en aanbod bestaat immers, ook bij afwezigheid van een marktmechanisme dat krachtig genoeg is om het af te dwingen, maar de tijd en de inspanningen die nodig zijn om de marktgegevens te vinden, te verzamelen en te verwerken teneinde een marktprijs vast te leggen, zijn veelal te omvangrijk opdat de maatstaf bruikbaar zou zijn.³¹¹⁴

DE GEEST reikt in dit verband de volgende oplossingen aan: (i) een verbod op clausules die steeds inefficiënt zijn (dus geen algemeen verbod op oneerlijke bedingen, maar enkel op de *harde kern* van onrechtmatige clausules), (ii) een verbod op het gebruik van moeilijk leesbare lettertjes, (iii) een zo efficiënt mogelijk suppletief contractenrecht, (iv) het hanteren van een eenvoudig taalgebruik en (iv) betere consumentenopvoeding en de verstrekking van kwaliteitscertificaten door consumentenorganisaties.³¹¹⁵ Wel wordt erop gewezen dat overheidsregulering enkel aangewezen is, indien deze welvaartsverbeterend is. Alle overheidsinterventies brengen immers bepaalde kosten met zich mee, die afgewogen moeten worden ten aanzien van de voordelen van het reguleringsbeleid. Een *case-by-case* analyse moet verduidelijken of de voordelen van het beleid opwegen tegen de kosten.³¹¹⁶

VAN DEN BERGH stelt zich kritischer op ten aanzien van een verbod op oneerlijke bedingen. Een globaal verbod kan volgens deze auteur geen marktnevenwicht corrigeren. De verkoper kan de beschermingskosten die zo'n regulering met zich meebrengt immers afwentelen op de consument, die dan een hogere prijs betaalt voor de aangeboden producten. Vanuit het oogpunt van de consument die een lagere bescherming tegen een lagere prijs verkiest, is dergelijke regulering dan ook niet efficiënt.³¹¹⁷ Een reglementering van verkoopsvoorwaarden als correctie op een gebrek aan informatie voor de consument kan efficiënt zijn, maar dan moet het van een ander type zijn. Inefficiënties vloeien voort, wanneer de reglementering ertoe leidt dat niet langer onderhandeld kan worden over de prijs en de kwaliteit van de aangeboden goederen.³¹¹⁸

c. Voorlopig besluit

1139. *Knelpunten bij gebruik standaardbedingen* – Het bovenstaande overzicht van de nuttige rechtseconomische analyse legt enkele knelpunten bij het gebruik van standaardbedingen bloot. Onmiddellijk werd ook aangetoond dat een zuivere informatiereglementering deze knelpunten niet kan wegwerken. Binnen de rechtseconomie blijkt echter wel discussie te bestaan over de efficiëntie van een verbod op oneerlijke bedingen. Evenwel wordt hierna aangetoond dat er, ter bestrijding van de knelpunten die bovenstaande rechtseconomische analyse heeft blootgelegd, wel degelijk nood is aan

³¹¹² V.P. GOLDBERG, "Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand", *Journal of Law and Economics* 1974, (461) 488 e.v. Zie ook G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 274-275.

³¹¹³ W.D. SLAWSON, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", *Harvard Law Review* 1971, (529) 558-559.

³¹¹⁴ W.D. SLAWSON, "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", *Harvard Law Review* 1971, (529) 558-559.

³¹¹⁵ G. DE GEEST, *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, 1994, 285-286.

³¹¹⁶ M.J. TREBILCOCK en D.N. DEWEES, "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, 1981, (93) 118.

³¹¹⁷ R. VAN DEN BERGH, "Le droit civil face à l'analyse économique du droit", *RIDE* 1988, (229) 246-247.

³¹¹⁸ R. VAN DEN BERGH, "Le droit civil face à l'analyse économique du droit", *RIDE* 1988, (229) 247.

een wettelijke en rechterlijke tussenkomst inzake standaardbedingen, teneinde het functioneren van een competitieve markt te verzekeren op het vlak van deze contractuele bedingen.³¹¹⁹

4. Toepassing van rechtseconomische bevindingen op de onrechtmatige bedingenleer

a. Probleemomschrijving

1140. *Beperkte onderhandeling van standaardbedingen*³¹²⁰ – Voor de consument loont het niet de moeite om tijd en geld te investeren in het doorlezen van de kleine lettertjes van het contract, in het onderhandelen van een wijziging ervan en/of in het vergelijken van aanbiedingen van concurrenten om zo de beste contractvoorwaarden te verkrijgen. Standaardbedingen zijn er immers net op gericht om de transactiekosten te verlagen. Om dat doel te bereiken, is het logisch dat er slechts weinig ruimte is om te onderhandelen over andere voorwaarden dan het voorwerp en de prijs van het contract.³¹²¹

Dat de afwezigheid van onderhandelingen over standaardbedingen te wijten is aan een ongelijke onderhandelingsmacht en informatiekennis tussen de consument en de professioneel, stemt niet overeen met de realiteit. Ook professionelen, zelfs toonaangevende marktspelers, stemmen vaak zonder betwisting in met de standaardbedingen van hun medecontractant. Ook consumenten die intellectueel en economisch zeker in staat zijn om de standaardbedingen te begrijpen, aanvaarden heel vaak de (nadelige) algemene voorwaarden van de medecontractant. Daarenboven is het gebruik van standaardbedingen ook in consumentencontracten gerechtvaardigd. Wanneer iedere overeenkomst telkens opnieuw onderhandeld zou moeten worden, zouden de transactiekosten immers drastisch stijgen, en doorgerekend worden in de prijs.³¹²² De oude rechtseconomische analyses die uit het gebruik van standaardbedingen op een *take-it-or-leave-it*-basis afleidden dat de professioneel misbruik heeft gemaakt van een grotere onderhandelingsmacht ten aanzien van de consument, zijn inmiddels verworpen. Zolang er voor de consument voldoende alternatieven beschikbaar zijn op de markt, kunnen ten aanzien van het gebruik van standaardbedingen geen bezwaren opgeworpen worden.³¹²³

1141. *Kosten-baten-analyse door searchers* – Op de markt bevinden zich consumenten die belang hechten aan de inhoud van de contractuele bedingen, en die op zoek willen gaan naar betere aanbiedingen (*searchers*). Zij zullen andere voorwaarden zoeken en erover onderhandelen tot op het punt dat de verwachte, daaruit voortvloeiende voordelen overeenstemmen met de kosten (tijd en/of geld) die daarmee gepaard gaan. Wanneer de kans op de verwezenlijking van een bepaald risico klein is en/of de verwachte kosten laag zijn in vergelijking met de globale waarde van de transactie, dan zullen de transactiekosten die voortvloeien uit onderhandelingen, de verwerving van de noodzakelijke informatie en de zoektocht naar betere aanbiedingen, hoger liggen dan de voordelen die de consument

³¹¹⁹ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340.

³¹²⁰ We benaderen het gebruik van standaardbedingen vanuit het standpunt van de consument. Evenwel stellen bovenstaande knelpunten inzake dit gebruik zich niet enkel bij de consument-klant, maar ook bij klanten die niet de hoedanigheid van consument hebben.

³¹²¹ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340; H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 55-56.

³¹²² H. KÖTZ, “Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties”, in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, 1997, 138-139; M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 339.

³¹²³ *Supra*, nr. 1133.

daaruit haalt.³¹²⁴ Wanneer er voldoende *searchers* zijn op de markt (die bovenstaande kosten-baten-analyse uitvoeren) en wanneer hun voorkeuren overeenstemmen met die van *non-searchers*, dan zou kunnen worden gesteld dat de strijd tussen de verkopers om de gunst van de *searchers* ertoe leidt dat alle consumenten beschermd worden. Het is immers te duur voor de verkoper, minstens wat betreft massatransacties, om de *searchers* te onderscheiden van de *non-searchers*, en hen zo betere voorwaarden aan te bieden.³¹²⁵

Hierboven werd reeds duidelijk dat dit argument in rechtseconomische analyses genuanceerd wordt. De evaluatie van en de zoektocht naar contractuele voorwaarden is immers duurder dan bij de prijs en bepaalde kwaliteitsaspecten. Daarenboven wijzen bevindingen uit de *behavioural law and economics* dat risicobeoordeling wordt ondermijnd door irrationale fenomenen. Door een onrealistisch optimisme en een te groot zelfvertrouwen gaan mensen ervan uit dat slechte zaken hen minder vaak overvallen dan anderen. Hierdoor wordt, vanuit het subjectieve oogpunt van de consument, de netto waarde van de inspanningen tot het zoeken naar betere contractuele voorwaarden, nog verder verminderd.³¹²⁶

1142. *Signing-without-reading: ontoereikendheid van informatieverplichtingen* – Uit het voorgaande volgt het *signing-without-reading*-probleem.³¹²⁷ De consument zal de contractvoorwaarden enkel lezen, indien hij meent dat het de moeite loont, wat veelal niet het geval zal zijn. Indien hij de bedingen leest, dan zal hij vaak ook niet in staat zijn om het belang voor zijn persoonlijke situatie en de kosten die het met zich meebrengt, in te schatten. Derhalve zijn zuivere informatiegerelateerde remedies ontoereikend voor dit probleem inzake oneerlijke standaardbedingen. Zelfs indien deze bedingen in duidelijke en ondubbelzinnige taal worden meegedeeld aan de consument, verhindert dit *signing-without-reading*-fenomeen dat de consument het oneerlijke karakter ervan opmerkt.

1143. *Misbruik met averechtse selectie tot gevolg* – De kern van het probleem bestaat erin dat verkopers de hierboven geschetste situatie (kunnen) misbruiken door risico's die ze zelf niet willen dragen, via hun standaardbedingen door te schuiven naar de consument. Door deze reductie van de kwaliteit van de bedingen, verminderen verkopers hun kosten en stijgen hun winsten. Nochtans bestaat er voor de verkopers geen gevaar voor verlies aan klanten, aangezien de consumenten, door de hoge transactiekosten, geen weet zullen hebben van concurrerende aanbiedingen met eventueel meer gunstige bedingen (*signing-without-reading*-fenomeen).

Op de markt van de contractuele bedingen heerst derhalve onzekerheid of onwetendheid in hoofde van de consument over de kwaliteit van de aangeboden producten. Of zoals SCHILLIG het formuleert: “*Due to prohibitively high transaction costs, customers will not reward high quality contracts*”.³¹²⁸ Hierdoor treedt het proces van *averechtse selectie* in werking. Verkopers die contractuele bedingen met een lage kwaliteit hanteren, verwerven een voordeel op de markt. Andere verkopers hebben eigenlijk geen andere keuze dan ook de kwaliteit van hun contractuele bedingen te

³¹²⁴ H. KÖTZ, “Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties”, in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, 1997, 138-139; M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 340. In dezelfde zin, zie L. FASRICHT, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, 1992, 84; W. KRÜGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2*, 2007, 1015.

³¹²⁵ *Supra*, nr. 1136.

³¹²⁶ *Supra*, nr. 1136.

³¹²⁷ Zie ook *supra*, nr. 1134.

³¹²⁸ M. SCHILLIG, “Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice’s jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms”, *E.L. Rev.* 2008, (336) 341. In dezelfde zin, H. SWENNEN, “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, (55) 57.

verlagen, of zelfs verder te gaan dan hun concurrenten. Hierdoor ontstaat een *race-to-the-bottom*, wat leidt tot zeer nadelige contractuele bedingen voor de consument.³¹²⁹ Dergelijk marktfalen moet verhinderd worden via een efficiënte controle op standaardbedingen. Enkel op die manier kan het functioneren van een competitieve markt op het vlak van contractuele bedingen gegarandeerd worden.

3130

b. Remedie

1144. *Informatieverplichtingen* – Hierboven werd reeds aangegeven dat zuivere informatieverplichtingen ontoereikend zijn om het probleem van de oneerlijke contractuele bedingen op te lossen. Wel kunnen informatieverplichtingen de kosten voor het zoeken naar en het onderhandelen van betere contractuele bedingen in hoofde van de consument verlagen. Zo zal het voorschrift dat de verkoper zijn standaardbedingen leesbaar en in een duidelijke en toegankelijke taal moet opstellen, het de consument gemakkelijker maken om te zoeken naar en te onderhandelen over betere bedingen, en om desgevallend een geïnformeerde beslissing te nemen.³¹³¹

1145. *Regulering van contractinhoud* – Evenwel lijkt een effectieve controle enkel mogelijk, indien de contractuele bedingen onderworpen worden aan het toezicht door een onafhankelijke derde, zoals een rechter. Vanuit het oogpunt van de consument zullen de kosten voor de opstart van een procedure de mogelijke voordelen ervan overtreffen, zeker indien de belangen slechts gering zijn. Vanuit het oogpunt van de verkoper zullen de verwachte kosten van een mogelijke betwisting door een kleine groep consumenten lager liggen dan de verwachte voordelen ten gevolge van het gebruik van deze bedingen ten aanzien van tal van consumenten. Vanuit dit oogpunt wijst SCHILLIG ook op het belang van een procedure die ingesteld kan worden door een onafhankelijke derde vanuit het algemeen belang (bv. een consumentenorganisatie).³¹³² Wordt het beding als oneerlijk beschouwd, dan moet dit beding buiten beschouwing worden gelaten in het specifieke contractuele geval. Ook zou het algemener verboden moeten worden, indien het oneerlijke karakter niet enkel afhangt van de concrete omstandigheden van de zaak.

Een vaak opgeworpen kritiek ten aanzien van de regulering van de contractinhoud houdt verband met het probleem van de voorafgaande definiëring van een toetsingsmaatstaf.³¹³³ De mogelijke vormen of types van contractuele bedingen zijn onbepaald en hun al dan niet oneerlijke karakter zal vaak afhangen van verschillende factoren. Op basis daarvan besluit SCHILLIG dat de voorafgaande abstracte formulering van een toetsingsmaatstaf, door de wetgever of op basis van rechtspraak, mogelijks voor een groot aantal gevallen onjuist is. Is de maatstaf te strikt (d.i. te voordelig voor de consument), dan bestaat het gevaar dat ook redelijke bedingen door de consument betwist zullen worden, wat uiteindelijk zal leiden tot hogere prijzen op de respectievelijke markt. Is de

³¹²⁹ Dit proces zal ook een daling van de marktprijs voor de betrokken producten met zich meebrengen. Dat stemt echter niet noodzakelijk overeen met de wensen van de consument. Zo zal een risico-averse consument mogelijks bereid zijn om een hogere prijs te betalen, opdat het risico door de verkoper zou worden gedragen (die het risico wellicht beter kan beheersen of zich ertegen kan verzekeren). Zie M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 341.

³¹³⁰ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 341-342.

³¹³¹ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 342.

³¹³² M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 342. Hier situeert zich ook het belang van de adviesverlening van de Commissie voor Onrechtmatige bedingen die zich, in een voorafgaande fase, buigt over het eerlijke karakter van contractuele bedingen van o.m. beroepsverenigingen.

³¹³³ Zie ook *supra*, nr. 878.

maatstaf daarentegen te soepel, dan zal het bovenvermelde marktfalen niet verholpen worden.³¹³⁴ Deze auteur pleit er dan ook voor om de uitkomst van deze toetsingsprocedure onvoorspelbaar te houden voor beide contractpartijen. Consumenten en consumentenorganisaties zullen enkel die bedingen betwisten die duidelijk als oneerlijk kunnen worden bestempeld, terwijl verkopers op hun hoede zullen zijn voor het risico dat het beding buiten toepassing wordt gelaten of verboden wordt door de rechter. Derhalve worden ze gestimuleerd om zoveel mogelijk onbetwistbare bedingen in hun algemene voorwaarden op te nemen, wat ertoe leidt dat het hierboven beschreven marktfalen vermeden wordt. De (voorafgaande) formulering van een verplichte toetsingsmaatstaf lijkt derhalve overbodig, en zelfs contra-productief.³¹³⁵ In dit verband moet o.i. gewezen worden op de marginale controlebevoegdheid van de rechter in de Belgische onrechtmatige bedingenleer. Enkel die bedingen die *duidelijk* als oneerlijk kunnen worden beschouwd, zullen vernietigd worden. Uit de praktijk blijkt trouwens dat de algemene toetsingsnorm niet geleid heeft tot een overvloed aan rechterlijke beslissingen.³¹³⁶ In die zin moet de conclusie van SCHILLIG toch genuanceerd worden.

B. Transactiekosten-theorie ter verklaring van de toetsing van onrechtmatige bedingen

1. Inpassing van de onrechtmatige bedingenleer in een situatiebetrokken consumentenrecht

1146. *Uitgangspunt: situatiegebonden consumentenrecht met consument als marktdeelnemer* – Bij de bestudering van het consumentencontractenrecht vertrokken we vanuit het beeld van de consument als marktdeelnemer met een recht op vrije zelfbeschikking. Specifieke compenserende instrumenten ter bescherming van de consument zijn slechts gerechtvaardigd, indien de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument niet gewaarborgd is.

1147. *Consument als marktdeelnemer* – De theorie inzake misbruik van machtspositie vertrekt vanuit de idee dat de consument steeds en overal de zwakke contractpartij is die bescherming behoeft. Omwille van dit uitgangspunt strookt deze theorie niet met de praktijk inzake onrechtmatige bedingen. Ook professionele partijen stemmen immers vaak in met de voor hen nadelige standaardbedingen van hun medecontractant. Daarnaast stemmen ook consumenten die intellectueel en economisch perfect in staat zijn om de algemene voorwaarden te begrijpen en de draagwijdte ervan in te schatten, vaak in met de bezwarende algemene voorwaarden van hun medecontractant.

De transactiekosten-theorie vertrekt daarentegen vanuit een andere visie over de situatie van de consument. De consument wordt er beschouwd als marktdeelnemer en wordt in beginsel op dezelfde wijze behandeld als de andere marktdeelnemers.

1148. *Nood aan onrechtmatige bedingenleer voor andere marktdeelnemers* – Hieruit moet o.i. afgeleid worden dat ook de vrije economische zelfbeschikking van andere marktdeelnemers, met name professionele partijen die geconfronteerd worden met de standaardvoorwaarden van hun medecontractant, aangetast is. Derhalve is een compenserend ingrijpen ten aanzien van deze contractpartijen gerechtvaardigd, en zelfs noodzakelijk. Dit ontbreekt echter in het Belgische recht.

1149. *Situatiebetrokken consumentenrecht* – In tegenstelling tot de theorie inzake misbruik van machtspositie, is de transactiekosten-theorie verzoenbaar met de idee dat de consument een

³¹³⁴ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 343.

³¹³⁵ M. SCHILLIG, "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L. Rev.* 2008, (336) 343.

³¹³⁶ Zie ook *supra*, nr. 918.

markdeelnemer is met recht op vrije, economische zelfbeschikking. Die vrije economische zelfbeschikking wordt evenwel onvoldoende gegarandeerd door de basisbeginselen van de vrije mededinging en contractvrijheid. Het gebruik van standaardbedingen gaat immers gepaard met een informatieasymmetrie en een ongelijke verdeling van de transactiekosten. Voor de medecontractant loont het de moeite niet om tijd en geld te investeren in het inwinnen van informatie omtrent de standaardbedingen of in het vergelijken van die bedingen. Hierdoor ontstaat een gebrek aan mededinging op het vlak van de algemene voorwaarden, wat leidt tot de oplegging van oneerlijke bedingen aan de consument. Het is deze concrete situatie die een compenserend ingrijpen noodzakelijk maakt.³¹³⁷

1150. *Rol voor consumentenorganisaties* – Het gebrek aan mededinging op het vlak van algemene voorwaarden zorgt ervoor dat de kwaliteit van deze voorwaarden in een negatieve spiraal omlaag gaat. Consumentenorganisaties, zoals Test-Aankoop, vervullen op dit punt een belangrijke rol en trekken geregeld aan de alarmbel inzake de kwaliteit van de algemene voorwaarden.³¹³⁸ Deze organisaties doen wat de individuele consument niet kan doen (omdat het teveel tijd en/of geld kost in het kader van zijn individuele transactie), met name het vergelijken van de algemene voorwaarden van verkopers en leveranciers. Vanzelfsprekend is dit slechts een fragmentarische vergelijking, waarvan de output ook vaak enkel ten voordele van de consument geldt, en niet ten voordele van de andere marktdeelnemers die ook vaak geconfronteerd worden met nadelige algemene voorwaarden.

1151. *Besluit: transactiekosten-theorie als uitgangspunt* – Op basis van het voorgaande besluiten we dat de transactiekosten-theorie het meest overtuigt als rechtvaardigingsgrond voor een compenserend ingrijpen op basis van de onrechtmatige bedingenleer. De ontoetsbaarheid van de kernbedingen moet dan ook op de eerste plaats in het kader van dit model verklaard (kunnen) worden.

2. Ontoetsbaarheid van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer

1152. *Competitieve markt inzake prijs en voorwerp als uitgangspunt* – De transactiekosten-theorie verklaart de nood aan een wetgevende en rechterlijke tussenkomst voor standaardbedingen. Wat betreft die bedingen loont het voor de consument de moeite niet om tijd en geld te investeren in het inwinnen van informatie of in het vergelijken van die bedingen. Daaruit volgt dat er geen competitieve markt bestaat voor die standaardbedingen, wat een verschuiving van onaanvaardbare risico's naar de consument met zich meebrengt.

Bij kernbedingen liggen de zaken evenwel anders. Kernbedingen bepalen de kern van de contractuele prestaties. Het zijn de essentialia van de overeenkomst. Wat in de kernbedingen is opgenomen, kan dan ook omschreven worden als de reden waarom de contractpartijen de overeenkomst afsluiten. Het argument dat het voor de consument de moeite niet loont om informatie in te winnen of om deze bedingen te vergelijken met concurrerende leveranciers, gaat vanzelfsprekend niet op. Dat wordt trouwens bevestigd doordat er in beginsel wel degelijk een competitieve markt

³¹³⁷ Zie in gelijkaardige zin, E. HONDIUS, "De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader", in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (101) 107: "Een goede marktwerking biedt een goede consumentenbescherming. Op veel punten. Niet op alle. (...) Datzelfde geldt voor regels inzake onderwerpen die gewoonlijk niet in de mededinging aan de orde komen, zoals algemene voorwaarden."

³¹³⁸ Zie o.m. "Algemene voorwaarden van bankkaarten", in *Budget&Recht*, nr. 201, 2008; "Algemene voorwaarden van de luchtvaartmaatschappijen", in *Budget&Recht*, nr. 193, 2007; "Algemene voorwaarden van de GSM-operatoren", in *Budget&Recht*, nr. 183, 2005; "Ziekenhuisverzekering: onrechtmatige clausules", in *Budget&Recht*, nr. 163, 2002.

bestaat op het vlak van prijs en voorwerp.³¹³⁹ Kernbedingen zijn trouwens zelden opgenomen in de algemene voorwaarden (*kleine lettertjes*) van de overeenkomst, maar veeleer in de bijzondere voorwaarden.

1153. *Nuancing: (semi-)monopoliesituaties* – Bovenstaande vaststelling dat er in beginsel een competitieve markt bestaat aangaande de prijs en het voorwerp van overeenkomsten, geldt echter niet in geval van een (semi-)monopoliesituatie. Hierbij kan allereerst gedacht worden aan openbare dienstverleningen door o.m. de Post of de NMBS. Daar hebben marktdeelnemers geen alternatief, en is er bijgevolg ook wat betreft de essentiële bestanddelen van de overeenkomst (de kernbedingen) geen mededinging. De overheid komt daarin tussen via de beheersovereenkomsten die gesloten worden met deze autonome overheidsbedrijven, waarbij de bijzondere regels en voorwaarden worden vastgelegd waaronder die onderneming de aan haar wettelijk toebedeelde taken van openbare dienst vervult.³¹⁴⁰ Waar er een gebrek aan echte mededinging is in andere marktsegmenten, vervullen consumentenorganisaties opnieuw een alarmbelfunctie.³¹⁴¹

1154. *Toetsbaarheid van kernbedingen bij onvoldoende mededinging* – TENREIRO en KARSTEN menen dat een volledige uitsluiting van de toetsing van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer in strijd is met de filosofie van de Richtlijn. De toetsing van oneerlijke bedingen in de Richtlijn wordt volgens hen gerechtvaardigd door de afwezigheid van onderhandelingen, en niet zozeer door het standaardkarakter van de bedingen. De rechtvaardiging voor de toetsing ligt dan in het feit dat de consument niet in staat is om de inhoud van het beding te beïnvloeden. Kernbedingen en prijzen worden volgens hen in de moderne handel ook minder en minder onderhandeld. Derhalve zouden deze bedingen niet van de rechterlijke toetsing mogen worden uitgesloten. Dat is in het bijzonder het geval voor gevallen waar de mededinging niet sterk genoeg is en de markt niet transparant genoeg om het gebrek aan individuele onderhandeling van bepaalde contracten te overbruggen.³¹⁴²

Deze auteurs vertrekken niet zozeer vanuit één van beide verklaringsmodellen, maar veeleer vanuit de compromistekst van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen zelf. Ze menen dat kernbedingen getoetst zouden moeten kunnen worden in die gevallen waar de mededinging niet sterk en transparant genoeg is. *A contrario* kan daaruit afgeleid worden dat ook deze auteurs de kernbedingen in beginsel ontoetsbaar achten omdat aangaande deze bedingen in beginsel vrije mededinging bestaat.

1155. *Uitzondering: toetsing van bedingen inzake bepaling dekkingssomvang bij verzekeringen* – Ook de uitzondering inzake verzekeringscontracten kan in dit verklaringsmodel worden ingepast. We

³¹³⁹ In dezelfde zin bij HEIDERHOFF en KENNY: “*There are a number of explanations for intervention as far as individual contract terms are concerned. The most convincing explanation is provided by competition considerations. Classically, a “just” contract is arrived at where both parties are aware of their interests and see these reflected in the contract. This normally operates even where one party is a powerful business and the other is a consumer. This is a result of competition: where the goods or price are not satisfactory, the consumer will buy elsewhere. Yet in the case of unfair contract terms this does not work: the consumer cannot compare standard contract terms, because they are too complex. Therefore, to facilitate fair (just) contracts, the law needs to intervene by forbidding unfair clauses.*” (eigen onderlijning). Zie B. HEIDERHOFF en M. KENNY, “The Commission’s 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: deliberate deliberation?”, *E.L.Rev.* 2007, (740) 747.

³¹⁴⁰ Art. 3, §1 wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991.

³¹⁴¹ In dat verband kan bijvoorbeeld verwezen worden naar de problematiek van de hoge internettarieven. Test-Aankoop wijst in dit verband op een gebrek aan gezonde concurrentie (het telecomlandschap wordt *de facto* geregeerd door slechts twee operatoren), wat leidt tot onaanvaardbaar hoge internettarieven in ons land. Zie in dit verband, De Standaard, “Test-Aankoop eist goedkoper internet”, 26 oktober 2009 en De Standaard, “Internet nog altijd te duur in België”, 27 oktober 2009.

³¹⁴² M. TENREIRO en J. KARSTEN, “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive”, in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 1999, (223) 241.

hebben hierboven uit overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen afgeleid dat de bedingen inzake de bepaling van de dekkingsomvang bij verzekeringscontracten als kernbedingen toch toetsbaar zijn binnen de onrechtmatige bedingenleer. Aangezien deze bedingen, ook al zijn het kernbedingen, veelal opgenomen zijn in de standaardvoorwaarden van de verzekeringspolissen, is deze uitzondering gerechtvaardigd. Ook al gaat het om clausules die een rechtstreekse invloed hebben op de draagwijdte van de hoofdprestatie van de verzekeraar, toch is de verzekeringsnemer zich vaak niet bewust van de draagwijdte en de mogelijke gevolgen van deze bedingen, juist omdat deze bedingen veelal opgenomen zijn in de algemene voorwaarden van de overeenkomst.

1156. *Beperkte draagwijdte van toetsing niet-transparante kernbedingen* – Hierboven hebben wij een beperkte draagwijdte verdedigd van de rechterlijke toetsing van kernbedingen die onduidelijk en/of onbegrijpelijk geformuleerd zijn. Deze bedingen kunnen als oneerlijk worden beschouwd omwille van een schending van het transparantievereiste, zonder dat het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt getoetst. Ook deze beperkte draagwijdte is verklaarbaar aan de hand van de transactiekosten-theorie. De kernbedingen zelf zijn inhoudelijk ontoetsbaar, aangezien op het vlak van prijs en voorwerp in beginsel een vrije mededinging bestaat. Derhalve hoeven deze bedingen in beginsel niet getoetst te worden. Kan een consument zich niet akkoord verklaren met de verhouding tussen het prijs en het voorwerp, dan heeft hij (in beginsel) de mogelijkheid zich tot een andere verkoper of leverancier te wenden. Toch kunnen ook deze bedingen aan het transparantievereiste getoetst worden. Het opleggen van een transparantievereiste vermindert immers de kosten voor het zoeken en vergelijken van bedingen (ook kernbedingen) in hoofde van de consument.

C. Toetsing van onderhandelde bedingen in de Belgische onrechtmatige bedingenleer

1157. *Vraagstelling* – De *ratio legis* van de onrechtmatige bedingenleer ligt o.i. in de transactiekosten-theorie. Ook de ontoetsbaarheid van kernbedingen kan op basis van deze theorie, die mede ten grondslag ligt aan de Richtlijn en die ons uitgangspunt van een situatiegebonden consumentenrecht respecteert, verklaard worden. Met de Belgische onrechtmatige bedingenleer ligt een andere situatie voor. Aanleunend bij de theorie inzake het misbruik van machtspositie werd in het Belgische recht toch gekozen om ook de afzonderlijk onderhandelde bedingen te toetsen in de onrechtmatige bedingenleer. Onmiddellijk rijst de vraag of het vanuit die stand van zaken naar Belgisch recht niet logisch is om de toetsing van (onderhandelde) bedingen in de onrechtmatige bedingenleer uit te breiden tot de kernbedingen. Anders gesteld, kan het verschil in behandeling tussen de onderhandelde niet-kernbedingen en de (onderhandelde) kernbedingen binnen de Belgische onrechtmatige bedingenleer verklaard worden?

1158. *Aanleuning bij misbruik van machtspositie* – De Belgische onrechtmatige bedingenleer leunt, net zoals en ook onder invloed van het Franse recht, aan bij de theorie inzake misbruik van machtspositie. De professionele partij wordt geacht over een machtspositie te beschikken ten aanzien van de consument. Deze laatste zou zich in een economische, intellectuele of psychische ondergeschikte positie bevinden. Die uitgangspunten vertalen zich in het toepassingsgebied. Het subjectieve toepassingsgebied is beperkt tot de contractuele verhouding professioneel-consument. Enkel de consument behoeft immers bescherming, en niet de professionele partij. Het objectieve

toepassingsgebied is ruim, in die zin dat de consument ook beschermd wordt ten aanzien van onrechtmatige onderhandelde bedingen.³¹⁴³

1159. *Ratio legis toetsing van onderhandelde bedingen* – Binnen de Belgische onrechtmatige bedingenleer wordt de consument ook beschermd ten aanzien van onrechtmatige onderhandelde bedingen. Die bescherming is ontsproten vanuit de overtuiging dat de consument niet over een echte onderhandelingsmacht beschikt ten aanzien van de professioneel, juist omdat hij zich in een ondergeschikte contractuele positie zou bevinden. Ook al gaat het over een *onderhandeld* beding, er wordt toch vermoed dat de consument zijn wil niet heeft kunnen opdringen aan de professionele partij.

1160. *Toetsing onderhandelde bedingen vanuit het oogpunt van de transactiekosten-theorie* – De rechterlijke toetsing van afzonderlijk onderhandelde bedingen is op het eerste gezicht onverenigbaar met de transactiekosten-theorie. Immers, deze theorie verantwoordt de rechterlijke toetsing van *standaardbedingen*, aangezien het voor de medecontractant (incl. consument) de moeite niet loont om tijd en geld te investeren om deze bedingen te vergelijken (om er de verkoper/leverancier met de beste voorwaarden uit te kiezen), wat er op zijn beurt toe leidt dat er geen mededinging is aangaande standaardbedingen. Bij afzonderlijk onderhandelde bedingen gaat het (in beginsel) echter niet om standaardbedingen. Aanvaardt een consument – ondanks onderhandelingen – een beding dat voor hem zeer nadelig is, dan is dit veeleer een signaal dat er *ofwel* een monopoliesituatie in hoofde van de verkoper/leverancier voorligt *ofwel* een misbruik plaatsvindt van bepaalde omstandigheden. In dat geval komt het veeleer toe aan het mededingingsrecht (via het verbod op misbruik van machtspositie) of aan het verbintenissenrecht (via de theorie van de wilsgebreken, in het bijzonder via de verruimde notie van de gekwalificeerde benadeling) om op te treden.

Het bovenstaande moet echter ook genuanceerd worden. Afzonderlijk onderhandelde bedingen over de contractuele rechten en plichten van de contractpartijen komen in de praktijk niet vaak voor. Daarbij moet ook het voordeel van een rechterlijke controle op afzonderlijk onderhandelde bedingen erkend en benadrukt worden. De toetsing van deze bedingen zorgt er immers voor dat de praktijk waarbij standaardbedingen *pro forma* aangepast worden (via een kleine schrapping en parafering) om zo aan de rechterlijke controle te ontsnappen, niet langer zin heeft. Op die wijze zorgt de (bijkomende)³¹⁴⁴ controle van afzonderlijk onderhandelde bedingen ervoor dat de (hoofd)controle van standaardbedingen niet uitgehold wordt. In die zin zou de toetsing van onderhandelde bedingen ook verantwoord kunnen worden binnen de transactiekosten-theorie.

1161. *Ontoetsbaarheid van kernbedingen* – Ondanks de toetsbaarheid van afzonderlijk onderhandelde bedingen, opteerde de Belgische wetgever voor de ontoetsbaarheid van kernbedingen. De controle van afzonderlijk onderhandelde bedingen wordt gerechtvaardigd omwille van de afwezigheid van een echte onderhandelingsmacht in hoofde van de consument die zich in een ondergeschikte positie bevindt ten aanzien van de professionele partij. Wat de bedingen betreft die de rechten en plichten van de contractpartijen vastleggen, kan dit nog aanneembaar worden geacht. De consument (ongeacht of hij zich in een ondergeschikte positie bevindt) die wijzigingen zou willen aanbrengen aan de contractuele voorwaarden van de professionele partij, heeft immers geen *hefboom* ter wijziging van de contractuele rechten en plichten. In beginsel is er immers geen echte mededinging aangaande deze rechten en plichten, aangezien veelal gebruik gemaakt wordt van

³¹⁴³ *Supra*, nr. 779.

³¹⁴⁴ We bestempelen deze controle als *bijkomend*, omdat echte afzonderlijk onderhandelde bedingen in de praktijk niet vaak voorkomen.

standaardvoorwaarden. Aangezien echte mededinging ontbreekt, lijkt een daadwerkelijke onderhandelingsmacht in hoofde van de consument ook een stuk verder af.³¹⁴⁵

Inzake de kernbedingen (prijs en voorwerp van de overeenkomst) liggen de zaken evenwel anders. Bij die bedingen beschikt de consument o.i. wel over een echte onderhandelingsmacht. Er bestaat immers in beginsel een competitieve markt, waarbij de consument daadwerkelijk over de mogelijkheid beschikt om een andere leverancier te raadplegen wanneer hij niet akkoord kan gaan over de prijs en/of de hoofdprestatie van zijn medecontractant. Er anders over oordelen zou er toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de wetten van de vrije markt. De verhouding tussen prijs en de geleverde goederen of diensten wordt in beginsel immers bepaald door de marktmechanismen, en niet door wettelijke bepalingen. De toetsbaarheid van kernbedingen zou ertoe leiden dat de consument niet langer op zoek moet gaan naar de gunstigste aanbieding, maar gelijk welke prijs kan betalen in het licht van de mogelijkheid op een daaropvolgende redelijkheidscontrole.³¹⁴⁶

§3. Voorlopig besluit

1162. *Aansluiting bij de transactiekosten-theorie* – De redenen die veelal worden aangehaald ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer, overtuigen niet. Zo houdt de toetsing van kernbedingen geen terugkeer in naar de *iustum pretium*-leer. Deze toetsing zou veeleer een nieuw compenserend instrument kunnen uitmaken dat het evenwicht toetst tussen de contractuele hoofdprestaties. Daarnaast volstaat ook een loutere verwijzing naar de basisbeginselen van de vrije mededinging en de contractvrijheid niet ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen. Daarmee wordt immers niet aangetoond waarom de toetsing van kernbedingen geen instrument van consumentenbescherming kan uitmaken, indien de basisbeginselen de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet kunnen garanderen.

Een overtuigende grondslag voor de ontoetsbaarheid van de kernbedingen ligt daarentegen in de transactiekosten-theorie. Dit verklaringsmodel toont ook het best aan waarom er nood is aan een rechterlijke controle van onrechtmatige bedingen. Het loont voor de consument, net als voor de andere marktdeelnemers, de moeite niet om de algemene voorwaarden van de medecontractant te onderzoeken en te vergelijken, waardoor een echte mededinging aangaande deze voorwaarden ontbreekt. Deze stelling gaat niet op voor de kernbedingen die de essentiële bestanddelen van de overeenkomst uitmaken en waarvoor er in beginsel wel een vrije mededinging voorhanden is.

1163. *Vervolg van het onderzoek* – We hebben aangetoond waarom er binnen de onrechtmatige bedingenleer in beginsel geen plaats is weggelegd voor een (globale) toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Daarbij moet echter voor ogen worden gehouden dat de vrije mededinging geen garantie vormt voor contractueel evenwicht. *De facto* bevindt de consument zich immers vaak in een zwakke contractuele positie ten aanzien van de professioneel. Er bestaat dan ook daadwerkelijk gevaar voor misbruik in hoofde van de professionele partij ten aanzien van de consument, wat zich kan veruitwendigen in een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.³¹⁴⁷

³¹⁴⁵ In dezelfde zin, CAMBIE, *Onrechtmatige bedingen*, 2: “Zelfs als iemand al de moeite doet om de voorwaarden waaronder hij zijn GSM aankoopt te lezen, wat kan hij dan doen? De ‘informatiekost’ voor het zoeken naar betere contractvoorwaarden is veel te hoog in vergelijking met het geringe resultaat dat men nog maar mag verhoppen te bereiken.”

³¹⁴⁶ H.E. BRANDNER en P. ULMER, “The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission”, *CLM R* 1991, (647) 656.

³¹⁴⁷ Dat misbruik in hoofde van de professionele partij ten aanzien van de consument niet ondenkbaar is, kan trouwens worden afgeleid uit de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. Meer hieromtrent, zie *infra*, nrs. 1237 e.v.

HOOFDSTUK III. ONDERZOEK NAAR DE NOOD AAN EEN CONSUMENTENRECHTELIJK INSTRUMENT TOT TOETSING VAN HET EVENWICHT TUSSEN DE CONTRACTUELE HOOFDPRESTATIES

1164. *Situering* – In *het eerste deel* van dit onderzoek hebben we enkele gemeenrechtelijke instrumenten bestudeerd die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties inhouden. Inzake het contractueel onevenwicht dat veroorzaakt wordt door een misbruik van inferioriteit en/of superioriteit, onderzochten we de rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling. In *het tweede deel* ging onze aandacht uit naar het consumentencontractenrecht. We hebben er een grondslag aangereikt voor de (principiële) ontoetsbaarheid van kernbedingen, gebaseerd op de transactiekosten-theorie en gestaafd aan de hand van een rechtseconomische analyse. Nu rijst de vraag hoe in consumentencontracten wordt omgegaan, en zou moeten worden omgegaan, met het misbruik van omstandigheden van inferioriteit dat een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt.

1165. *Doelstelling* – In dit sluitstuk van het onderzoek zal worden aangetoond dat het beroep op de gekwalificeerde benadeling door een consument een aantal knelpunten met zich meebrengt. Deze knelpunten situeren zich in het bijzonder in het bewijs van de omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit, alsook in het bewijs van het misbruikvereiste (afdeling I). We zullen daartoe een oplossing aanreiken door de link te benadrukken met de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken (afdelingen II en III).

AFDELING I. GEKWALIFICEERDE BENADELING IN DE CONTRACTUELE VERHOUDING PROFESSIONEEL-CONSUMENT

§1. Probleemstelling en onderzoeksvragen

1166. *Vaststelling* – In deze laatste fase van het onderzoek nopen de behaalde onderzoeksresultaten ons tot de volgende vernieuwde probleemstelling en onderzoeksvragen.

A. *Probleemstelling*

1167. *Feitelijke vaststelling van een zwakke contractuele positie van de consument* – Het postulaat van de consument als zwakke contractpartij werd verworpen als uitgangspunt voor de uitstippeling van een consumentenbeleid en voor de uitwerking van instrumenten tot consumentenbescherming. Het vermoeden van een ondergeschikte contractuele positie in hoofde van de consument volstaat niet om een wettelijk of rechterlijk ingrijpen in de contractvrijheid te rechtvaardigen. De aanleiding daartoe kan enkel bestaan in de identificatie van een situatie waarin de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet gegarandeerd is.³¹⁴⁸ Daarmee wordt echter niet ontkend dat de consument zich bij het contracteren met een professionele partij *de facto* vaak in een zwakke positie bevindt.³¹⁴⁹ Deze (feitelijke) vaststelling vormt het vertrekpunt van een nieuwe probleemstelling.

1168. *Vrije mededinging sluit misbruik niet uit* – De ontoetsbaarheid van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer (anders gesteld: de ontoetsbaarheid van

³¹⁴⁸ Zie *supra*, nr. 79.

³¹⁴⁹ In dezelfde zin: M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Rapport de synthèse”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, 1996, (615) 620; TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2009, 29.

de kernbedingen) kan gerechtvaardigd worden door een consequente toepassing van de transactiekosten-theorie in het licht van de vrije mededinging. De vrije mededinging sluit evenwel niet uit dat een onevenwicht bestaat tussen de contractuele hoofdprestaties doordat de professionele partij *misbruik* maakt van de (feitelijke) ondergeschikte positie waarin de consument zich op het ogenblik van de contractsluiting bevindt. Dit vormt een nieuwe probleemstelling in deze laatste fase van het onderzoek.

B. Onderzoeksvragen en plan

1169. *Onderzoeksvragen* – Deze nieuwe probleemstelling leidt ons tot de volgende onderzoeksvragen. Teneinde na te gaan of een consumentenrechtelijk compenserend instrument zich opdringt, moet worden vastgesteld of in bovenvermelde situatie de vrije economische zelfbeschikking van de consument wordt aangetast alsook of (één van) de gemeenrechtelijke instrumenten tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties daaraan kan verhelpen (principe van subsidiariteit). Vanuit dat oogpunt rijst *allereerst* de vraag naar de toepassing van de gekwalificeerde benadeling op consumentencontracten, alsook naar de plaats van deze rechtsfiguur binnen de rangorde van de compenserende instrumenten.

Vervolgens moet worden nagegaan of de gekwalificeerde benadeling een toereikend compenserend instrument uitmaakt in de contractuele verhouding tussen consument en professioneel. Blijkt dat niet het geval, dan moet alsnog worden uitgekeken naar een passend consumentenrechtelijk compenserend instrument. Hierna zal blijken dat in dit verband een rol is weggelegd voor de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken.

1170. *Plan* – Bij het beantwoorden van deze onderzoeksvragen vertrekken we vanuit het model van het constitutief en compenserend consumentenrecht. *Vooreerst* wordt verduidelijkt waarom het misbruik van een inferieure (of een superieure) contractuele positie dat een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties veroorzaakt, een compenserend ingrijpen rechtvaardigt. *Vervolgens* wordt onderzocht welk instrument zich het beste leent voor zo'n compenserend ingrijpen. Op het eerste gezicht lijkt de gekwalificeerde benadeling hiertoe een geschikt instrument te zijn. Evenwel moet onderzocht worden of deze rechtsfiguur de toets aan het subsidiariteitsbeginsel kan doorstaan. *Tot slot* wordt nagegaan of de toepassing van de gekwalificeerde benadeling in de contractuele verhouding tussen professionele partij en consument bijzondere knelpunten met zich meebrengt.

§2. Inpassing van de probleemstelling in het model van het constitutief en compenserend consumentenrecht

A. Model constitutief en compenserend consumentenrecht (pro memorie)

1171. *Trapsgewijze bescherming van de vrije zelfbeschikking* – De vrije economische zelfbeschikking van de consument als marktdeelnemer vormt het uitgangspunt. Twee basisbeginselen garanderen de vrije economische zelfbeschikking van alle marktdeelnemers (en dus ook van de consument), met name (i) het beginsel van de wilsautonomie, in het bijzonder de contractvrijheid en (ii) het beginsel van de vrije mededinging. De vrijwaring van deze twee beginselen is niet steeds gegarandeerd. Soms wordt er afbreuk aan gedaan, waardoor de vrije zelfbeschikking van de marktdeelnemers wordt aangetast. Verschillende compenserende instrumenten werden ontwikkeld om de basisbeginselen zoveel mogelijk te vrijwaren. Sommige instrumenten vrijwaren de vrije mededinging; anderen bewerkstelligen een materialisering van de contractvrijheid. Wanneer de

gemeenrechtelijke instrumenten niet volstaan om de vrije economische zelfbeschikking van de consument te garanderen, worden voor deze groep van marktdelnemers specifieke consumentenrechtelijke compenserende instrumenten ontwikkeld.³¹⁵⁰

1172. *Situatiebetrokken consumentenrecht* – Enkel indien de basisbeginselen de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet garanderen, vervullen de compenserende instrumenten – zowel de gemeenrechtelijke als de consumentenrechtelijke – een rol. Derhalve moet een specifieke situatie worden aangewezen waarin de vrije zelfbeschikking van de consument aangetast is en niet verholpen kan worden via de basisbeginselen of via de gemeenrechtelijke compenserende instrumenten. De vooronderstelde zwakte van de consument wordt als uitgangspunt verworpen ten voordele van een *situatiebetrokken consumentenrecht*.³¹⁵¹

1173. *Subsidiariteitsbeginsel* – Niet alle compenserende instrumenten zijn even ingrijpend. Het subsidiariteitsbeginsel moet worden gerespecteerd, waardoor minder ingrijpende maatregelen voorrang krijgen boven meer ingrijpende maatregelen. Zo is een (inhoudelijke) controle van de contractinhoud slechts aangewezen, indien de informatieplichten en/of de instrumenten die de termijn voor beraad verlengen, niet in staat zijn om het tekort aan vrije economische zelfbeschikking van de consument te compenseren. Vanzelfsprekend bereikt dit subsidiariteitsbeginsel zijn grens van zodra een bepaald instrument niet (langer) het gewenste effect bereikt.³¹⁵²

B. Nood aan een compenserende tussenkomst bij een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties als gevolg van een misbruik van inferioriteit en/of superioriteit

1174. *Aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument* – Een compenserend instrument dringt zich op, van zodra de vrije mededinging en de contractvrijheid onvoldoende gevrijwaard zijn en de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet gegarandeerd wordt. Alvorens een geschikt compenserend instrument aan te reiken, moet vastgesteld worden dat bij een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van een misbruik van omstandigheden van inferioriteit, de vrije economische zelfbeschikking van de consument werd aangetast. Enkel dan is immers een compenserend ingrijpen gerechtvaardigd. Hierbij wordt voortgebouwd op onze onderzoeksresultaten inzake de gekwalificeerde benadeling.³¹⁵³

1. Misbruik van een inferieure of superieure contractuele positie: oorzaak van een gebrekkige wil

a. In hoofde van de professionele partij

1175. *Precontractuele fout door misbruikplegende partij* – De professionele contractpartij die misbruik maakt van een bepaalde inferioriteit en/of superioriteit, begaat een precontractuele fout. Een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm ligt voor, indien een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden, die omstandigheden niet zou hebben benut om een voor de medecontractant nadelige overeenkomst te bedingen.³¹⁵⁴

³¹⁵⁰ *Supra*, nr. 80.

³¹⁵¹ *Supra*, nr. 83.

³¹⁵² *Supra*, nr. 124.

³¹⁵³ *Supra*, nrs. 330-740.

³¹⁵⁴ *Supra*, nr. 658.

1176. *Gevolgen voor de consument?* – De vaststelling van een precontractuele fout in hoofde van de professionele partij rechtvaardigt nog geen compenserend ingrijpen. Er werd immers nog niet bewezen dat de vrije economische zelfbeschikking van de consument werd aangetast. In het bijzonder moet worden nagegaan welke gevolgen de precontractuele fout van de professionele partij veroorzaakt in hoofde van de consument-medecontractant.

b. In hoofde van de consument

1177. *Gebrekkige wil* – Het misbruik door de professionele partij van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit brengt een aantasting van de vrije wil van de consument met zich mee. Hierboven hebben we twee hypothesen onderscheiden. *Ofwel* was de consument zich op het ogenblik van de contractsluiting niet bewust (en behoorde hij dat ook niet te zijn) van het misbruik dat gemaakt werd van zijn inferieure contractuele positie. In dat geval gaf hij toestemming tot het contract zonder kennis van zaken en is er sprake van een dwaling. *Ofwel* was de consument zich wel bewust van het misbruik van zijn inferieure contractuele positie, maar kon hij zich er niet tegen verzetten. In deze laatste situatie is de toestemming van de consument aangetast door een dwang.³¹⁵⁵ In beide situaties is de wil van de consument gebrekkig ingevolge de precontractuele fout van de professionele medecontractant.

1178. *Aantasting van de (materiële) contractvrijheid en de vrije economische zelfbeschikking* – De gebrekkige wil in hoofde van de consument die veroorzaakt wordt door het misbruik van inferioriteit en/of superioriteit door de professionele medecontractant, tast de materiële contractvrijheid van de consument aan.³¹⁵⁶ De fout in hoofde van de medecontractant leidt ertoe dat de consument niet langer vrij de inhoud van de overeenkomst (mee) kan bepalen.³¹⁵⁷ Daardoor wordt de vrije economische zelfbeschikking van de consument aangetast.

2. Afwezigheid van objectivering

1179. *Pleidooi voor objectivering* – Zoals eerder al werd benadrukt, verdient het aanbeveling om de specifieke situaties waar de vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemers onvoldoende gewaarborgd wordt, zoveel mogelijk voorafgaandelijk te identificeren. Dergelijke objectivering vermijdt dat voor iedere concrete situatie afzonderlijk moet worden nagegaan of de vrije economische zelfbeschikking van de marktdeelnemer al dan niet gevrijwaard is. Objectivering biedt als grote voordeel dat de bewijslast in hoofde van de marktdeelnemer wiens vrije economische zelfbeschikking is aangetast (*in casu* de consument), vereenvoudigd wordt.³¹⁵⁸

1180. *Geen doorgedreven objectivering bij misbruik van inferioriteit* – Als geobjectiveerde situaties van een aantasting van de vrije economische zelfbeschikking werden o.m. het gebruik van standaardbedingen alsook de omstandigheden rond de contractsluiting, vermeld.³¹⁵⁹ Misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit kan dergelijke omstandigheid rond de contractsluiting uitmaken. De (materiële) contractvrijheid, een constitutief vereiste voor de vrije economische zelfbeschikking van de consument, wordt erdoor aangetast. In die zin ligt dan ook een geobjectiveerde

³¹⁵⁵ *Supra*, nr. 380.

³¹⁵⁶ Inzake het onderscheid tussen formele en materiële contractvrijheid, zie *supra*, nr. 44.

³¹⁵⁷ F. DE LY, “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, (1141) 1148.

³¹⁵⁸ *Supra*, nr. 83.

³¹⁵⁹ *Supra*, nr. 83.

situatie voor waarin de vrije economische zelfbeschikking van de consument onvoldoende gegarandeerd wordt.

Een doorgedreven objectivering van misbruik van inferioriteit en/of superioriteit is echter uitgesloten. De inferieure contractuele positie van de consument wordt immers niet vermoed. De consument bevindt zich *de facto* vaak in een zwakke contractuele positie, maar dat is niet steeds het geval. Het postulaat van de consument als zwakke contractpartij werd verworpen. Hetzelfde geldt voor het misbruik in hoofde van de professionele partij. Doet zich een misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument voor, dan mag wel worden aangenomen dat de vrije economische zelfbeschikking van de consument aangetast is. De consument dient het misbruik in hoofde van de professionele partij evenwel te bewijzen. Het misbruik zal ook steeds beoordeeld worden rekening houdend met de concrete (externe) omstandigheden.³¹⁶⁰

1181. *Zware bewijslast in hoofde van de consument* – Het misbruik van inferioriteit en/of superioriteit maakt bijgevolg niet het voorwerp uit van een doorgedreven objectivering. De consument moet derhalve *zowel* het misbruik *als* de inferioriteit en/of superioriteit bewijzen. In beginsel wordt geen van beide bestanddelen vermoed. Onmiddellijk wordt duidelijk dat daarmee een zware bewijslast rust op de schouders van de consument die benadeeld werd ten gevolge van een misbruik in hoofde van zijn professionele medecontractant op het ogenblik van de contractsluiting.³¹⁶¹

C. De gemeenrechtelijke compenserende instrumenten in het licht van het subsidiariteitsbeginsel

1182. *Plan* – Onze (vernieuwde) probleemstelling heeft betrekking op de situatie waar een professionele partij misbruik maakt van de inferieure contractuele positie waarin de consument zich bevindt om voor zichzelf een te hoge prijs te bedingen. Op het eerste gezicht lijkt de gekwalificeerde benadeling het geschikte instrument om de afwezigheid van (materiële) contractvrijheid in hoofde van de consument te compenseren. Gelet op het subsidiariteitsbeginsel moet echter onderzocht worden of de vrije economische zelfbeschikking niet hersteld of gegarandeerd kan worden via een minder ingrijpend instrument. Daartoe situeren we de gekwalificeerde benadeling binnen de rangorde van (gemeenrechtelijke) compenserende instrumenten en werpen we een blik op enkele (gemeenrechtelijke) instrumenten die de contractvrijheid materialiseren.³¹⁶²

1. Situering van de gekwalificeerde benadeling in de rangorde van gemeenrechtelijke compenserende instrumenten

a. Gekwalificeerde benadeling: materialisering van contractvrijheid en contractueel evenwicht

1183. *Dubbele compensatie* – De gekwalificeerde benadeling is een instrument ter materialisering zowel van de contractvrijheid als van het contractueel evenwicht. Deze figuur is erop gericht de (materiële) contractvrijheid te materialiseren, aangezien de wil van de benadeelde partij aangetast is door het misbruik van inferioriteit en/of superioriteit. Tegelijk houdt de gekwalificeerde benadeling

³¹⁶⁰ *Supra*, nr. 661.

³¹⁶¹ *Supra*, nrs. 483-484.

³¹⁶² Onze aandacht gaat in de eerste plaats uit naar de gemeenrechtelijke instrumenten die ter beschikking staan van alle marktdeelnemers. Mocht blijken dat de gemeenrechtelijke instrumenten onvoldoende zijn om de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument te bewerkstelligen, dan zal in *tweede instantie* onderzocht moeten worden of specifieke consumentenrechtelijke instrumenten ingesteld kunnen worden. Zie *infra*, nrs. 1236 en 1237 e.v.

een rechterlijke toetsing in van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, wat een materialisering van het contractueel evenwicht impliceert.³¹⁶³

1184. *Belang van de situering* – De vaststelling dat de gekwalificeerde benadeling vastgeknoot wordt aan de materialisering van zowel de contractvrijheid als het contractueel evenwicht, vergroot het belang van de situering in het model van het constitutief en compenserend consumentenrecht. Het subsidiariteitsbeginsel vereist immers een beroep op de minst ingrijpende rechtsfiguur. Een controle van de contractinhoud moet worden afgewezen, indien de instrumenten die de vrije wil bij de contractsluiting verzekeren en/of de instrumenten die de termijn voor beraad verlengen, het tekort aan vrije economische zelfbeschikking van de consument kunnen compenseren.

b. Situering van de gekwalificeerde benadeling

1185. *Rangorde van compenserende instrumenten* – De compenserende instrumenten – zowel de gemeenrechtelijke als de specifieke consumentenrechtelijke – kunnen in drie categorieën worden opgedeeld: (i) instrumenten die de vrije wil bij de contractsluiting verzekeren, (ii) instrumenten die de termijn voor beraad verlengen en (iii) instrumenten die de inhoud controleren.³¹⁶⁴ De figuur van de gekwalificeerde benadeling kan worden ondergebracht in de eerste en derde categorie.

1186. *Gekwalificeerde benadeling: sanctionering van een precontractuele fout* – Gekwalificeerde benadeling houdt een sanctionering in van het misbruik dat van de inferioriteit en/of superioriteit wordt gemaakt op het ogenblik van de contractsluiting. Dat misbruik veroorzaakt immers een gebrekkige wil in hoofde van de benadeelde partij. Het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties is louter een veruitwendiging of een gevolg van de gebrekkige wil in hoofde van de benadeelde contractpartij. Dat onevenwicht volstaat op zichzelf niet om een rechterlijk ingrijpen in de contractinhoud te rechtvaardigen. We hebben dan ook besloten dat de gekwalificeerde benadeling veeleer thuis hoort in de tendens tot materialisering van de contractvrijheid, en slechts in tweede instantie een instrument tot materialisering van het contractueel evenwicht uitmaakt.³¹⁶⁵ Gelet op het bovenstaande moet dan ook besloten worden dat de gekwalificeerde benadeling in de eerste plaats een instrument is ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting.³¹⁶⁶

1187. *Gevolg voor vervolg van het onderzoek* – Bovenstaande vaststelling vereenvoudigt het vervolg van ons onderzoek. Er dient niet te worden nagegaan of, en zo ja in welke gevallen, de instrumenten die het beraad verlengen, kunnen verhelpen aan de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking in geval van misbruik van omstandigheden van inferioriteit. Instrumenten die zuiver als instrumenten ter controle van de contractinhoud worden gekwalificeerd, dienen – gelet op het subsidiariteitsbeginsel – wel die toetsing te ondergaan.

³¹⁶³ *Supra*, nrs. 46 en 53.

³¹⁶⁴ *Supra*, nr. 113 e.v.

³¹⁶⁵ Zie *supra*, randnummer 46 en 369.

³¹⁶⁶ Dat §138, lid 1 BGB, dat in het Duitse recht de ‘*Wucherähnliche Rechtsgeschäfte*’ sanctioneert, als een instrument tot controle van de contractinhoud wordt beschouwd, heeft geen gevolgen voor de kwalificatie van de gekwalificeerde benadeling. In het Duitse recht wordt het misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit immers vanuit een andere invalshoek benaderd, met name vanuit het begrip goede zeden. Het leerstuk van de *culpa in contrahendo*, dat naar Belgisch recht de grondslag vormt voor de gekwalificeerde benadeling, wordt naar Duits recht trouwens ook gekwalificeerd als een instrument ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting. Zie J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 309. MELLER-HANNICH benadrukt echter dat er in de Duitse theorie van de wilsgebreken in beginsel geen plaats is voor een materialisering van het contractueel evenwicht. Ter illustratie verwijst deze auteur naar de verwerping van de dwaling omtrent (de hoogte van) de prijs. Zie MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 29-30.

Dat de gekwalificeerde benadeling een controle van de contractinhoud met zich meebrengt, mag evenwel niet worden genegeerd. Andere gemeenrechtelijke instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting, bijvoorbeeld de wilsgebreken bedrog en geweld alsook de precontractuele informatieplichten, brengen geen ingreep in de contractinhoud met zich mee. Omwille van het subsidiariteitsbeginsel moet dan ook de voorkeur gegeven worden aan die instrumenten boven de gekwalificeerde benadeling. Derhalve moet onderzocht worden of de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking ten gevolge van een misbruik van omstandigheden van inferioriteit, niet even goed ondervangen kan worden door andere gemeenrechtelijke instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting. Onze aandacht zal daarbij in het bijzonder uitgaan naar de wilsgebreken bedrog en geweld, waarvan hierboven al aangetoond werd dat ze gelijkenissen vertonen met de gekwalificeerde benadeling, alsook naar de precontractuele informatieplichten.

2. Situering van de gekwalificeerde benadeling in de rangorde van instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting

a. *Bedrog*

1188. *Bedrog door uitbuiting van een ondergeschikte positie* – In een arrest van 5 oktober 1967 heeft het Hof van Cassatie aanvaard dat bedrog kan bestaan uit het uitbuiten van de ondergeschikte positie waarin de medecontractant zich bevindt.³¹⁶⁷ Bedrog over de prijs of de waarde van de zaak wordt, in tegenstelling tot de dwaling, ook als wilsgebrek aanvaard.³¹⁶⁸ Daarmee worden de gelijkenissen met de gekwalificeerde benadeling aangestipt. Het wilsgebrek bedrog is echter niet het geschikte instrument om te verhelpen aan de situaties waarin een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties wordt veroorzaakt door een misbruik van inferioriteit en/of superioriteit. Bij bedrog staat immers niet zozeer het misbruik van een ondergeschikte positie centraal, doch veeleer een bedrieglijk uitgelokte verkeerde voorstelling van de werkelijkheid. Aanvaarden dat het bedrog een geschikte figuur is om misbruik van inferioriteit en/of te ondervangen, zou er toe leiden dat de benadeelde partij in een aantal specifieke gevallen in de kou blijft staan.³¹⁶⁹

b. *Geweld*

1189. *Geweld door misbruik van economische machtspositie of noodtoestand* – Kan het misbruik van inferioriteit of superioriteit nader gespecificeerd worden als een misbruik van een economische machtspositie of van een noodtoestand, dan kan men het wilsgebrek geweld invoeren. Nochtans staat bij het wilsgebrek geweld niet zozeer het misbruik van een inferieure positie centraal, maar wel een bedreiging met een aanzienlijk kwaad. In geval van misbruik van inferioriteit of superioriteit zonder dat de contractpartij dwang of druk uitoefent op de wil van zijn medecontractant, kan het wilsgebrek geweld geen antwoord bieden op de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument. Het vereiste van een onmiddellijke vrees is dan immers niet vervuld.³¹⁷⁰

³¹⁶⁷ Cass. 5 oktober 1967, *Arr. Verbr.* 1968, 172. *Supra*, nr. 398.

³¹⁶⁸ R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2003, 526; WÉRY, *Droit des obligations*, 2010, 230. Zie ook *supra*, nr. 398.

³¹⁶⁹ *Supra*, nr. 390.

³¹⁷⁰ *Supra*, nr. 398.

c. Precontractuele informatieplichten

1190. *Wegwerken van omstandigheden van inferioriteit* – Hierboven werd nagegaan of *het misbruik* van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit niet via de wilsgebreken bedrog of geweld kan worden aangepakt. Nu wordt de focus verlegd naar *de omstandigheden van inferioriteit* (of superioriteit). De vraag rijst of de probleemsituatie van het misbruik van inferioriteit of superioriteit niet verholpen kan worden door de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit zelf weg te werken. Anders gesteld: *kan de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument niet gevrijwaard worden door de ongelijkheid in de contractuele posities weg te werken door middel van precontractuele informatieplichten?* Als er geen omstandigheden van inferioriteit meer voorliggen, kan er immers ook geen misbruik van worden gemaakt.

1191. *Inferioriteit ten gevolge van schending van informatieplicht* – Het verstrekken van informatie volstaat niet steeds om de consument op gelijke voet te plaatsen met de professionele partij, en zo omstandigheden van inferioriteit te vermijden. De feitelijke ongelijkheid tussen de consument en de professionele partij kan verscheidene oorzaken hebben. Naast een informatietekort in hoofde van de consument kan de ongelijkheid tussen de contractuele posities ook voortvloeien uit een gebrek aan technische kennis of know-how, de nood aan een bepaald product (zonder daarom in een noodsituatie te zitten), de marktstructuur, een bepaalde verkoopsmethode, ..., of een combinatie van deze elementen.³¹⁷¹ Niet alle aantastingen van de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument, die voortvloeien uit het misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit, kunnen dus via informatieplichten worden weggewerkt.

d. Besluit

1192. *Nood aan de gekwalificeerde benadeling als compenserend instrument* – Het misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit werd belicht vanuit verschillende gemeenrechtelijke compenserende instrumenten. Allemaal zijn het instrumenten ter vrijwaring van de wilsuiting bij de contractsluiting die – in tegenstelling tot de gekwalificeerde benadeling – geen controle van de inhoud met zich meebrengen. Doordat geen enkel instrument – bedrog, geweld of de precontractuele informatieplichten – erin slaagt een volwaardig draagvlak te creëren ter compensatie van de aantasting van de contractvrijheid bij misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit, wordt de nood aan de gekwalificeerde benadeling duidelijk. Het subsidiariteitsbeginsel wordt daarmee niet geschonden.

§3. Toepassing van de gekwalificeerde benadeling op consumentencontracten

1193. *Overzicht* – Wanneer bij de contractsluiting misbruik wordt gemaakt van inferioriteit en/of superioriteit, is de gekwalificeerde benadeling het aangewezen instrument ter compensatie van het tekort aan (materiële) contractvrijheid. Ook de consument kan zich op dit instrument beroepen. Na een beknopte herneming van onze vaststellingen inzake de gekwalificeerde benadeling, belichten we deze rechtsfiguur in het kader van de contractuele relatie tussen een consument en een professioneel. Onze aandacht gaat in het bijzonder uit naar de mogelijke knelpunten die een beroep op de gekwalificeerde benadeling door de consument met zich meebrengt.

³¹⁷¹ Zie ook MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 10-11.

A. Beknopte herneming van de vaststellingen inzake gekwalificeerde benadeling

1194. *Gekwalificeerde benadeling als toepassing van de culpa in contrahendo* – De gekwalificeerde benadeling dient te worden beschouwd als een toepassing van de leer inzake de *culpa in contrahendo*, gesanctioneerd op basis van de artikelen 1382-1383 B.W. De gekwalificeerde benadeling houdt een schending in van de algemene zorgvuldigheidsnorm in de precontractuele fase.³¹⁷²

1195. *Misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit als schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht* – Ter invulling van het misbruikvereiste dient het criterium van de *bonus pater familias* te worden gehanteerd. Het benutten van de inferioriteit en/of superioriteit houdt een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm in, indien een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden, die omstandigheden niet zou hebben benut om voor zichzelf een te hoge prijs te bedingen. Of er sprake is van een foutief gebruik van de desbetreffende omstandigheden, moet aldus beantwoord worden aan de hand van het referentiegedrag van de *bonus pater familias* die zich in dezelfde concrete omstandigheden bevindt als de beoordeelde. In geen geval kan het misbruikvereiste afgeleid worden uit het bestaan van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit en/of uit het voorliggen van een nadelige overeenkomst. Het afsluiten van een voor de medecontractant nadelige overeenkomst, terwijl deze medecontractant zich in een inferieure positie bevindt, wijst op zichzelf niet op een foutief gebruik van de omstandigheden.³¹⁷³

1196. *Omstandigheden van inferioriteit of superioriteit* – Een limitatieve opsomming van deze omstandigheden is niet aangewezen. Wel hebben wij benadrukt dat deze omstandigheden zowel kunnen voortvloeien uit de persoon van de benadeelde (bv. persoonlijke fysieke of psychische omstandigheden), uit de feitelijke omstandigheden van het geval (bv. de noodtoestand waarin de benadeelde partij zich bevindt) alsook uit de economische of functionele omstandigheden gekoppeld aan de contractuele verhouding tussen partijen (bv. economische machtspositie).³¹⁷⁴

1197. *Benadeling* – We hebben gepleit voor een afstapping van het vereiste van een *ernstige* of *manifeste* benadeling, in die zin dat een bepaalde hoegrootheid zou worden vereist. De hoegrootheid van de schade doet er bij toepassing van artikel 1382 B.W. immers niet toe. Van zodra vastgesteld wordt dat misbruik van inferioriteit tot benadeling heeft geleid, zijn de voorwaarden voor 1382 B.W. als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling vervuld en moet de schade vergoed worden. Wel is vereist dat de benadeling zeker is. De rechter moet bijgevolg kunnen vaststellen dat er een onevenwicht is tussen de wederzijds bedongen prestaties.³¹⁷⁵

1198. *Oorzakelijk verband* – Door de benadeelde partij moet worden aangetoond dat er geen benadeling zou zijn geweest indien er door de medecontractant geen misbruik van zijn ondergeschikte positie zou zijn gemaakt. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen *incidentele* of *doorslaggevende* gekwalificeerde benadeling.³¹⁷⁶

³¹⁷² *Supra*, nr. 647 e.v.

³¹⁷³ *Supra*, nr. 658-662 en 663-669.

³¹⁷⁴ *Supra*, nr. 664.

³¹⁷⁵ *Supra*, nrs. 681-684, 690 en 718-719.

³¹⁷⁶ *Supra*, nrs. 725-730.

B. Knelpunten bij een beroep op de gekwalificeerde benadeling in een consumentencontract

1199. *Vaststelling* – Dat de gekwalificeerde benadeling vanuit *theoretisch* oogpunt een geschikt instrument is om het misbruik van inferioriteit en/of superioriteit ten nadele van de consument aan te pakken, vloeit voort uit de toepassingsvoorwaarden van deze rechtsfiguur. De kroniek die wij hoger maakten van de Belgische rechtspraak inzake de gekwalificeerde benadeling³¹⁷⁷, toont echter aan dat deze rechtsfiguur *in de praktijk* niet vaak (succesvol) ingeroepen wordt, ook niet door consumenten.³¹⁷⁸ Uit de Nederlandse en Duitse rechtspraak blijkt evenwel de nood aan dergelijke rechtsfiguur, ook in consumentencontracten. Beide rechtssystemen hanteren echter soepele toepassingsvoorwaarden.³¹⁷⁹ In de Belgische rechtspraak komen twee knelpunten naar voor: *enerzijds* de omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit en *anderzijds* het misbruikvereiste.³¹⁸⁰

1200. *Procedureel knelpunt: toegang tot de rechter* – Een bijkomend knelpunt inzake het beroep op de gekwalificeerde benadeling, zeker in geval van consumentencontracten³¹⁸¹, vormt de toegang tot de rechter. Vaak gaat het om geschillen waarbij de inzet relatief gering is. De benadeling, ook al is die gelet op de aard van het product aanzienlijk, is vaak te gering om een vordering in te stellen.³¹⁸² Groepsacties (*class actions*) zouden in dit kader een positieve impuls kunnen geven. Het is immers niet ondenkbaar dat de professionele partij ten aanzien van verschillende consumenten die zich in (dezelfde) inferieure contractuele positie bevinden, misbruik pleegt. Het misbruik kan wellicht als een misleidende, agressieve of oneerlijke handelspraktijk worden gekwalificeerd.³¹⁸³ Via de stakingsvordering, bijvoorbeeld op verzoek van een consumentenorganisatie, kan de praktijk stopgezet worden. Een *class action* zou toelaten dat de consumenten herstel van de geleden schade bekomen, ook al is die schade relatief klein. De Europese Commissie heeft recentelijk een Groenboek over collectief verhaal voor consumenten gepubliceerd, waarin de invoering van een vorm van collectieve vorderingen

³¹⁷⁷ *Supra*, nrs. 331-365.

³¹⁷⁸ Zie ook bij VAN OMMESSLAGHE “Les grandes tendances de l’évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années”, *TPR* 2001, (357) 365: “en particulier, elle [la lésion qualifiée] aurait pu assurer un développement de la protection du consommateur, qui en définitive, a été plutôt confié au législateur.” In dezelfde zin, J.-L. FAGNART, “Les contrats de consommation en droit civil classique”, in X. (ed.), *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d’une économie de marchés*, 1993, (111) 135. Meer algemeen, zie ook P. VAN OMMESSLAGHE, “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, in X. (ed.), *Liber amicorum Jacques Heenen*, 1994, (509) 513 e.v.

³¹⁷⁹ *Supra*, nr. 484.

³¹⁸⁰ *Supra*, nr. 364. Niet toevallig werden deze elementen ook in het Duitse recht als knelpunten ervaren bij de bewijslevering in het kader van de rechtsfiguur woeker (§138, lid 2 BGB). Deze knelpunten werden omzeild door middel van de ‘wucherähnliche Rechtsgeschäfte’ op basis van § 138, lid 1 BGB.

³¹⁸¹ Zie in dit verband E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (101) 106: “(...) de achillespees van de consumentenbescherming is nog steeds het ontbreken van een snelle, eenvoudige, goedkope rechtsingang”.

³¹⁸² Zie ook Groenboek over collectief verhaal voor consumenten, COM(2008) 794 definitief, 27 november 2008, 4: “Er zijn echter obstakels die de Europese consumenten de facto verhinderen effectieve schadeloosstelling te verkrijgen. Het gaat met name om hoge gerechtskosten en ingewikkelde en lange procedures. (...) Hoge kosten en het risico dat het tot een rechtszaak komt, maken het economisch gezien niet verstandig voor een consument om gerechtskosten, advocaat en deskundigen te betalen als dat de vergoeding kan overstijgen. De procedures zijn dermate ingewikkeld en lang dat consumenten erin verstrikt kunnen raken zonder duidelijke hoop op een spoedige en/of bevredigende uitkomst voor hun zaak.” De Europese ‘small claims’-procedure (Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen (*small claims*), *PB* L 31 juli 2007, nr. 199, 1) voor grensoverschrijdende zaken lijkt alvast geen oplossing te kunnen bieden. Zie E. HONDIUS, “De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, (101) 106.

³¹⁸³ Meer hieromtrent, zie *infra*, nrs. 1245 e.v.

overwogen wordt. Momenteel is een wetsontwerp betreffende de procedures tot collectieve schadeafwikkeling opgesteld, dat voor bespreking voorligt bij de regering.³¹⁸⁴

1. Omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit

a. Algemene vaststellingen

i. Het Belgische recht

1201. *Intrinsieke eigenschappen en/of externe omstandigheden* – In de Belgische rechtsleer worden de omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit op verschillende wijzen gecategoriseerd. Het belang van die categorisering moet echter gerelativeerd worden. Gemeenschappelijk aan alle omstandigheden van inferioriteit of superioriteit is immers “*de feitelijke inferioriteit van een rechtssubject ten gevolge van eigenschappen van die persoon en andere feitelijke omstandigheden*”.³¹⁸⁵ Derhalve kunnen alle omstandigheden die wijzen op een feitelijke toestand van inferioriteit of superioriteit bij de gekwalificeerde benadeling in aanmerking worden genomen. Het kan daarbij gaan om (i) intrinsieke eigenschappen in hoofde van de benadeelde contractpartij, (ii) externe omstandigheden die een inferieure of superieure positie in hoofde van één van de contractpartijen teweeg brengt of (iii) een combinatie van beiden.

1202. *Vaststellingen uit de rechtspraak en doctrine* – Uit onze kroniek van de Belgische rechtspraak blijkt dat de gekwalificeerde benadeling vaak wordt ingeroepen in geval van een intrinsieke of persoonlijke inferioriteit, zoals o.m. ziekte, ouderdom of (persoonlijke) onervarenheid.³¹⁸⁶ De gekwalificeerde benadeling is ook vooral vanuit die invalshoek gegroeid en ontwikkeld. Dat blijkt o.m. ook uit het wettelijke toepassingsgeval in artikel 1907ter B.W., waar het misbruik van “*de behoeften, de zwakheden, de hartstochten of de onwetendheid van de lener*” wordt vooropgesteld.

Wanneer in de rechtspraak een functionele of economische inferioriteit (of superioriteit) wordt ingeroepen, dan is die inferioriteit of superioriteit vaak onvoldoende bewezen. Slechts zelden wordt geargumenteed *waarom* er in dat concrete geval sprake is van een inferioriteit. De benadeelde partij beperkt zich ertoe te verwijzen naar een *economische machtspositie* of naar de aard van de gesloten overeenkomst (bv. een arbeidsovereenkomst). De rechtsleer illustreert deze functionele of economische omstandigheden vaak aan de hand van eerder extreme voorbeelden, zoals een noodtoestand of een monopoliepositie.³¹⁸⁷

Op de gekwalificeerde benadeling wordt zelden een beroep gedaan in een consumentencontract. Wanneer dat toch gebeurt, verwijst de benadeelde consument veeleer naar persoonlijke omstandigheden van inferioriteit. Van de hoedanigheid van consument, en de eventuele daaraan gekoppelde omstandigheden van inferioriteit, wordt geen melding gemaakt.³¹⁸⁸

1203. *Weinig evolutie en aanpassing aan een nieuwe tijdsgeest* – De figuur van de gekwalificeerde benadeling werd doorheen de jaren te eenzijdig belicht en is onvoldoende geëvolueerd. Enerzijds werd bij het ontstaan van deze figuur vooral de persoonlijke omstandigheden van inferioriteit belicht. Anderzijds is deze figuur natuurlijk ontstaan in een tijdperk waarin men zich realiseerde dat de

³¹⁸⁴ Zie http://economie.fgov.be/nl/fod/commissies/raad_verbruik/procedures_collectieve_schadevorderingen/index.jsp.

³¹⁸⁵ *Supra*, nr. 411.

³¹⁸⁶ *Supra*, nr. 364.

³¹⁸⁷ *Supra*, nr. 411.

³¹⁸⁸ Zie bv. Rb. Luik 22 januari 1991, *De Verz.* 2003, 138, waar de verzekeringsnemer van een levensverzekering de gekwalificeerde benadeling inroept met verwijzing naar zijn hoge leeftijd.

gelijkheid tussen de contractpartijen vaak een illusie is. Typerend is dan ook dat, waar de rechtsfiguur in geval van een functionele of economische inferioriteit wordt ingeroepen, het vaak gaat om arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten. In deze contracten werden de ongelijke posities van de contractpartijen reeds in de eerste helft van de 20^e eeuw belicht. Op dat moment kende de gekwalificeerde benadeling haar bloeiperiode.

De gekwalificeerde benadeling kent daarentegen nauwelijks toepassing in consumentenovereenkomsten, dit in tegenstelling tot het Duitse recht waar de woekerfiguur werd ingezet om ongelijkheden in consumentenkredietovereenkomsten aan te pakken.³¹⁸⁹ Uiteraard is de gekwalificeerde benadeling ontwikkeld in een tijdperk waar er van *consumentenrecht* en *consumentenbescherming* nog geen sprake was. Toch lijkt het een gemiste kans dat deze rechtsfiguur tot op heden niet in die materies werd ingezet.

ii. Naburige rechtsstelsels

1204. *Economische afhankelijkheid in het Franse recht* – De economische afhankelijkheid, één van de vereisten voor de toepassing van het wilsgebrek geweld bij misbruik van omstandigheden in het Franse recht, vloeit niet voort uit de persoon zelf, maar veeleer uit de contractuele verhouding tussen partijen. De omstandigheden van inferioriteit bestaan in het Franse recht aldus niet uit persoonlijke omstandigheden, maar wel uit *externe* omstandigheden. Het gaat in het bijzonder om bepaalde functionele eigenschappen die kenmerkend zijn voor een bepaalde contractuele verhouding. Als wettelijke toepassing van deze economische afhankelijkheid verwijzen de auteurs zelfs uitdrukkelijk naar de contractuele relatie tussen de professionele partij en de consument, in het bijzonder naar een *abus de faiblesse*.³¹⁹⁰

1205. *Soepele invulling in het Duitse recht via §138, lid 1 BGB* – De woekerfiguur van §138, lid 2 BGB vereist als één van de toepassingsvoorwaarden een bijzondere omstandigheid. Deze bijzondere omstandigheden zijn limitatief opgesomd: enkel een dwangpositie, gebrek aan ervaring, gebrek aan oordeelsvermogen en een aanzienlijke wilszwakte worden in beginsel in aanmerking genomen. Deze omstandigheden worden daarenboven relatief eng ingevuld. Via §138, lid 1 BGB wordt dit knelpunt echter omzeild. Aanleiding daartoe was de vaststelling dat de benadeelde partij er vaak niet in slaagde om de subjectieve bestanddelen van het woekerverbod te bewijzen.³¹⁹¹ De soepele invulling van de rechtspraak en de rechtsleer leidt ertoe dat genoegzaam wordt genomen met de aanwezigheid van een moeilijke toestand (*schwierige Lage*) in hoofde van de benadeelde contractpartij.³¹⁹² In de verhouding tussen een professionele partij en een consument bestaat dergelijke moeilijke toestand uit een ongelijke onderhandelingsmacht, die verschillende oorzaken kan hebben, zoals de zakelijke onervarenheid of de rechtsonkundigheid in hoofde van de consument.³¹⁹³

³¹⁸⁹ *Supra*, nr. 468.

³¹⁹⁰ *Supra*, nrs. 435 e.v.

³¹⁹¹ *Supra*, nr. 477.

³¹⁹² R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2006, 453; H. KÖHLER, *BGB Allgemeiner Teil*, 2006, 185; D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 2007, 309; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, 130.

³¹⁹³ ERMAN, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 2008, 39; R. SACK, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, 2003, 322-323.

b. Inferioriteit en/of superioriteit in de contractuele verhouding professioneel-consument

1206. *Verwerping van een vermoeden van inferioriteit* – Sommige auteurs vermoeden een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument.³¹⁹⁴ Een concrete analyse van iedere omstandigheid dringt zich evenwel op teneinde een systematische toepassing van en overbescherming door het consumentenrecht te vermijden.³¹⁹⁵

1207. *Focus op externe omstandigheden* – Onze aandacht gaat uit naar de *externe* omstandigheden die een inferieure contractuele positie voor de consument met zich meebrengen. Intrinsieke eigenschappen van de consument die hem in een inferieure positie plaatsen (bv. ziekte, ouderdom), worden hier buiten beschouwing gelaten. De externe omstandigheden die een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument kunnen veroorzaken, zijn o.m. (i) een kennisoverwicht in hoofde van de professionele partij, (ii) de nood aan een bepaald product in hoofde van de consument, (iii) de marktstructuur, (iv) de zakelijke onervarenheid in hoofde van de consument en (v) het bestaan van een vertrouwensrelatie.

1208. *Kennisoverwicht* – Het kennisoverwicht in hoofde van de professionele partij omvat vele facetten, en is dan ook ruimer dan de bestanddelen die binnen de informatieplicht van de verkoper vallen. Van de professionele partij wordt verwacht dat hij over de nodige technische kennis of know-how beschikt aangaande de producten die hij aanbiedt. De consument beschikt in beginsel niet over deze kennis.³¹⁹⁶ De professioneel heeft ook inzicht in de markt van die bepaalde goederen en/of diensten en heeft zicht op de (gangbare) marktprijzen. Hoe technischer en diverser bepaalde goederen of diensten zijn, hoe groter de kenniskloof tussen de professionele partij en de consument reikt.³¹⁹⁷ Hetzelfde geldt inzake de (juridische) complexiteit van het contract zelf.

1209. *Nood aan product* – Vaak bevindt de consument zich ook in een ondergeschikte contractuele positie ten aanzien van de professionele partij, omdat hij nood heeft aan een bepaald product. Deze (praktische) afhankelijkheid van een bepaald product zorgt ervoor dat de consument sneller instemt met de voorwaarden en de prijs van een bepaalde professionele partij.³¹⁹⁸ De doctrine beperkt zich in dit verband te vaak tot urgenties of noodtoestanden.³¹⁹⁹ Evenwel kan er ook een nood bestaan aan een bepaald product, zonder dat er sprake is van een echte noodtoestand.³²⁰⁰ Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer in een woning de defecte gasketel hersteld of vervangen moet worden om opnieuw voorzien

³¹⁹⁴ Zie o.m. J. CALAIS-AULOY en F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 1996, 7. CHAZAL benadrukt daarentegen dat het in ieder geval om een weerlegbaar vermoeden zou moeten gaan: “S’il est logique d’instaurer une telle présomption, c’est à la condition qu’elle soit simple et que la preuve contraire puisse être rapportée. A défaut, on instaure une véritable règle de fond et la protection qui en découle est trop générale et abstraite pour être efficace et juste.” (J.-P. CHAZAL, “Le consommateur existe-t-il ?”, *D.* 1997, (260) 266.

³¹⁹⁵ V. LASBODES, *Les contrats déséquilibrés*, 2000, 219.

³¹⁹⁶ Zie ook OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 351; J. ROCHFELD, “Du statut du droit contractuel ‘de protection de la partie faible’: les interférences du droit des contrats, du droit de marché et des droits de l’homme”, in X (ed.), *Etudes offertes à Geneviève Viney*, 2008, (835) 840-841.

³¹⁹⁷ Zie GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 53; J. GHESTIN, “Le principe d’égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé”, in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L’égalité*, 1983, (30) 32.

³¹⁹⁸ *Praktische afhankelijkheid* vloeit voort uit het geheel van feiten en omstandigheden, en heeft niets met de persoonlijkheid te maken. Praktische afhankelijkheid moet onderscheiden worden van *psychische afhankelijkheid*. Het betreft het gevoel van afhankelijkheid dat niet voortvloeit uit de omstandigheden, maar veeleer het gevolg is van een minderwaardigheidsgevoel in hoofde van de ‘afhankelijke persoon’. De wederpartij oefent een geestelijk overwicht uit, zodanig dat het eigen beslissingsvermogen eronder lijdt. Zie J.L.P. CAHEN, *Misbruik van omstandigheden*, 1983, 15-16.

³¹⁹⁹ Zie bv. de Franse auteur OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement*, 2002, 348-349. Zie ook bij de Nederlandse auteur RUITINGA, *Misbruik van economisch overwicht*, 1982, 2 e.v.

³²⁰⁰ Zie ook art. 4:109 PECL. Zie *supra*, nrs. 479-480.

te worden van warm water. Een echte noodtoestand ligt hierbij niet voor. De consument heeft enkel behoefte aan een bepaald product.

1210. *Marktstructuur* – Ook de marktstructuur kan ertoe bijdragen dat de consument zich in een inferieure contractuele positie bevindt ten aanzien van de professionele partij. Ter illustratie grijpen we terug naar bovenstaand voorbeeld van de defecte gasketel. De consument die technisch niet onderlegd is inzake gasketels, wenst een nieuwe ketel aan te kopen van hetzelfde merk, aangezien hij daar goede ervaringen mee heeft. In zijn/haar regio is slechts één erkend installateur werkzaam voor dat welbepaalde merk. Deze vaststelling aangaande de marktstructuur kan de consument in een ondergeschikte positie plaatsen ten aanzien van die ene erkende installateur uit de regio.

1211. *Onervarenheid* – Hierbij wordt niet verwezen naar de persoonlijke onervarenheid die te wijten is aan de consument zelf. Het gaat hierbij om onervarenheid die als het ware voortvloeit uit de transactie zelf. Hierbij kan vooral gedacht worden aan transacties die de consument slechts enkele keren in zijn leven doet, en die hem op dat vlak (zakelijk) onervaren maken.³²⁰¹ Dit hangt uiteraard ook samen met het bovenstaande kennisoverwicht.

1212. *Vertrouwensrelatie* – Ook een vertrouwensrelatie kan ertoe leiden dat de consument zich in een inferieure contractuele positie bevindt.³²⁰² Een vertrouwensrelatie kan immers de aanleiding zijn voor een legitieme onwetendheid in hoofde van de consument. De consument mag er vanuit gaan dat de wederpartij zelf het initiatief zal nemen om hem te informeren. Dergelijke vertrouwensband kan voortvloeien uit de aard van het contract, bijvoorbeeld in een verzekeringscontract. De wederzijdse mededelingen zijn er cruciaal voor de bepalingen van het contract. De partijen zijn er ook op elkaar en op elkaars eerlijkheid afgestemd. Ook kan de vertrouwensband voortvloeien uit de hoedanigheid van de partijen, zoals in de contractuele relatie tussen een professionele vakman en een consument, waar de consument net een beroep doet op de vakman omwille van zijn kennis en ervaring.³²⁰³

1213. *Verkoopmethode* – De consument kan zich tot slot ook in een inferieure contractuele positie bevinden door de verkoopmethode die door de professionele partij gehanteerd wordt. Hierbij kan o.m. verwezen worden naar verkopen aan huis.³²⁰⁴

c. Consumentenbeeld

1214. *Functie van het consumentenbeeld* – Het consumentenbeeld speelt een rol bij de objectivering van situaties waarin consumentenrechtelijke instrumenten vereist zijn ter compensatie van het tekort aan contractvrijheid en mededinging.³²⁰⁵ Het bepaalt vanuit de ogen van welke consument, in het bijzonder de intellectuele mogelijkheden en de graad van aandachtigheid van de consument, een bepaalde marktgedraging (bv. misleidende handelspraktijken) beoordeeld zal worden.³²⁰⁶

1215. *Beperkte objectivering* – Inzake het misbruik van inferioriteit en/of superioriteit in de contractuele relatie tussen de professionele partij en de consument werd reeds gewezen op de beperkte

³²⁰¹ MELLER-HANNICH roept de onervarenheid ook in als criterium ter bescherming van bepaalde professionele partijen. Zie MELLER-HANNICH, *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht*, 2005, 130-131.

³²⁰² Zie ook art. 4:109 PECL. Zie *supra*, nrs. 479-480.

³²⁰³ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 434-435; A. DE BOECK, “De informatieverplichting van de professioneel t.a.v. de consument”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, 1998, (36) 40.

³²⁰⁴ Zie in dit verband de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken, zie *infra*, nrs. 1237 e.v.

³²⁰⁵ J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 414.

³²⁰⁶ TERRY, *Bedenktijden in het consumentenrecht*, 2008, 59.

objectivering. Er werd vastgesteld dat het misbruik in ieder geval leidt tot een aantasting van de wil van de benadeelde partij, en derhalve tot een aantasting van diens vrije economische zelfbeschikking. Voor het overige moet *in concreto* worden vastgesteld dat (i) er omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit aanwezig zijn, (ii) misbruik werd gemaakt van die omstandigheden en (iii) het misbruik een determinerend karakter vertoont.³²⁰⁷ Deze gemeenrechtelijke figuur zal derhalve met succes door de consument kunnen worden ingeroepen, indien hij de toepassingsvoorwaarden bewijst. Een andere situatie ligt voor wanneer bij de uitwerking van een specifiek consumentenrechtelijk instrument (bv. het verbod op misleidende en agressieve handelspraktijken) een aantal gedragingen *in abstracto* als misleidend of agressief worden aangemerkt. In dat geval moet *a priori* worden vastgelegd vanuit welk consumentenbeeld die gedragingen als misleidend of agressief worden aangemerkt.³²⁰⁸

1216. *Aanvullende rol voor het consumentenbeeld* – Bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling op de contractuele verhouding tussen een professioneel en een consument is voor het consumentenbeeld wel een aanvullende rol weggelegd. In geval van een (niet-opzettelijke)³²⁰⁹ fout in hoofde van de professionele partij en een fout in hoofde van de benadeelde consument, zal de aansprakelijkheid verdeeld worden. Om na te gaan of de consument een fout beging, zal het consumentenbeeld een rol spelen. De concrete gedraging van de persoon in kwestie kan getoetst worden aan het consumentenbeeld, met name aan dat van de gemiddelde consument en diens graad van aandachtigheid. In het bijzonder wordt bij deze toetsing nagegaan (i) of de consument zichzelf door een fout in een ondergeschikte contractuele positie heeft geplaatst en (ii) of hij zelf een fout heeft begaan door, ondanks het misbruik in hoofde van de professionele partij, een nadelig contract te sluiten.

1217. *Invulling van het consumentenbeeld* – De vaardigheden en de capaciteiten van de consument om diens eigen economische belangen te evalueren en de optimaliseren zijn dezelfde in de fase van het adverteren als in de fase van contractvorming.³²¹⁰ Inzake reclame werd door het Hof van Justitie een consumentenbeeld ontwikkeld dat een overbescherming door het consumentenrecht moet vermijden. Het consumentenbeeld tracht de consument in staat te stellen om zelf zorg te dragen voor zijn eigen belangen.³²¹¹ Het Hof hanteert in zijn rechtspraak het beeld van “*the average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect*”, of de zogenaamde “*informed consumer*”.³²¹² Ook de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de nieuwe WMC bepalen uitdrukkelijk dat de betrokken handelspraktijk van aard moet zijn om de *gemiddelde* consument, d.i. de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument, te misleiden.³²¹³ Met de persoonlijke

³²⁰⁷ *Supra*, nrs. 1180-1181.

³²⁰⁸ Meer hieromtrent, zie *infra*, nrs. 1248-1250.

³²⁰⁹ Zie *supra*, nrs. 728-729.

³²¹⁰ J. DREXL, “Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures – Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices?”, *EBLR* 2002, (557) 571.

³²¹¹ J. DREXL, “Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures – Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices?”, *EBLR* 2002, (557) 572.

³²¹² Zie o.m. HvJ 220/98, *Estée Lauder v. Lancaster*, *Jur.* 2000, I, 117, overweging 27; HvJ 465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.v. Darbo AG*, *Jur.* 2000, I, 2297, overweging 26; HvJ 303/97, *Verbraucherschutzverein v. Sechkellerei Kessler*, *Jur.* 1999, I, 513, overweging 34; HvJ 210/96, *Gut Springenheide und Tusky*, *Jur.* 1998, I, 4657, overweging 59. Zie ook J. DREXL, “Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures – Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer Protection and Unfair Trade Practices?”, *EBLR* 2002, (557) 571.

³²¹³ *Infra*, nrs. 1248-1250. In de oude WHPC verwees de Belgische wetgever inzake de oneerlijke handelspraktijken niet expliciet naar de *gemiddelde* consument. De Belgische wetgever was van oordeel dat onder de oude WHPC reeds vóór de

onwetendheid of onervarenheid van een welbepaalde consument wordt derhalve geen rekening gehouden. Dat stemt ook overeen met de basisbeginselen van de buitencontractuele aansprakelijkheid.³²¹⁴

d. Besluit

1218. *Pleidooi voor een ruime invulling van de notie inferioriteit* – De omstandigheden van inferioriteit vormen op vandaag een knelpunt voor de (praktische) toepassing van de gekwalificeerde benadeling op de contractuele relatie tussen een professionele partij en een consument. De enge invulling van dit toepassingsvereiste verhindert dat de gekwalificeerde benadeling doeltreffend ingezet wordt ter bestrijding van de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument bij misbruik van inferioriteit en/of superioriteit. Een verruimde invulling van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit werken dit knelpunt weg.³²¹⁵ Er is een bewustwording nodig dat aan de gekwalificeerde benadeling, o.m. omwille van de groeiende diversiteit en complexiteit van producten, een ruimer draagvlak toebehoort dan vroeger.

2. Misbruikvereiste

a. Algemene vaststellingen

i. Het Belgische recht

1219. *Vaststellingen uit de rechtspraak* – De vonnissen of arresten inzake de gekwalificeerde benadeling tonen aan dat het bewijs van het *misbruik* moeilijk te leveren is.³²¹⁶ *Ofwel* levert de benadeelde partij niet of nauwelijks het bewijs van het misbruik, waardoor de rechter de vordering afwijst; *ofwel* meent de rechter, na substantiële argumentatie van de benadeelde partij inzake het misbruik, dat geen misbruik aanwezig is. In nog andere gevallen wordt de aanwezigheid van misbruik gewoon afgeleid uit de benadeling en de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit.³²¹⁷

ii. Naburige rechtsstelsels

1220. *Misbruikvereiste in het Franse en het Nederlandse recht* – Zowel bij toepassing van de Franse *economische afhankelijkheid* als van het Nederlandse *misbruik van omstandigheden* dient de benadeelde partij het bewijs te leveren van misbruik door de medecontractant. In het Franse recht wordt de economische afhankelijkheid vastgehaakt aan het wilsgebrek geweld. Om de aanwezigheid van het misbruik na te gaan, zal de rechter de contractuele situatie *in concreto* beoordelen. De rechter bestudeert

omzetting van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, de normaal oplettende en redelijk voorgelichte consument als referentie werd gehanteerd. Zie Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 25; P. DE VROEDE, Y. MERCHIEERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)”, *TPR* 1999, (131) 344-346; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 374; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 70 E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 65; E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 28. Zie uitgebreid bij STRAETMANS, *Consument en markt*, 1998, 170 e.v.

³²¹⁴ *Supra*, nr. 653.

³²¹⁵ Zie ook *supra*, nr. 664.

³²¹⁶ De moeilijkheden die het bewijs van het misbruik met zich meebrengt in de praktijk, is deels te wijten aan de jarenlange onduidelijkheid en onenigheid in het Belgische recht over de grondslag van de rechtsfiguur. Zie *supra*, nrs. 418 e.v.

³²¹⁷ *Supra*, nr. 364.

in detail de bedreigingen die geuit worden door de ene partij en de invloed daarvan op de toestemming van de wederpartij die zich in een zwakke positie bevindt op het ogenblik van de contractsluiting.³²¹⁸

In het Nederlandse recht geeft artikel 3:44(4) N.B.W. zelf aan wat het misbruikvereiste inhoudt: de wederpartij, die wist of behoorde te weten dat de andere partij door bijzondere omstandigheden tot contractsluiting wordt bewogen, bevordert de contractsluiting, hoewel hetgeen hij wist of behoorde te weten, hem van contractsluiting had moeten doen afzien.³²¹⁹

1221. *Vermoeden van misbruik in het Duitse recht* – Net als in het Belgische recht, wordt ook in het Duitse recht de bewijslast van het misbruik als een zware bewijslast ervaren. Om die bewijslast te verlichten, werd een uitvalsweg gecreëerd via §138, lid 1BGB (*wucherähnliche Rechtsgeschäfte*). Hiertoe moet door de benadeelde partij aangetoond worden dat er een buitensporige wanverhouding bestaat tussen beide prestaties en dat er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. Onder die bijzondere omstandigheden wordt door de rechtspraak *ofwel* een verwerpelijk gedrag in hoofde van de begunstigde *ofwel* een bijzondere situatie van uitbuitbaarheid aan de zijde van de benadeelde, begrepen. Steeds meer wordt het misbruik of de uitbuiting door de bevoordeelde partij vermoed in geval van een bijzonder grote wanverhouding tussen de wederzijds bedongen prestaties, en zelfs louter bij een duidelijke wanverhouding.³²²⁰

b. Mogelijkheid van een vermoeden van misbruik in het Belgische recht

1222. *Vraagstelling* – Door het moeilijke bewijs van het misbruikvereiste kan de gekwalificeerde benadeling haar taak als compenserend instrument ter materialisering van de contractvrijheid niet ten volle uitoefenen. Deze vaststelling geldt voor alle benadeelde partijen, en dus ook voor een consument. Het Duitse recht indachtig rijzen twee vragen: kan een vermoeden van misbruik ook bij de gekwalificeerde benadeling de bewijslast in hoofde van de benadeelde contractpartij, in het bijzonder de consument, verlichten, en zo ja, is dit wenselijk? In dat geval zou het loutere bewijs van de benadeling en van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit een *weerlegbaar vermoeden* met zich meebrengen dat er misbruik plaats vond in hoofde van de medecontractant (de professionele partij).

*i. Algemeen kader inzake het bewijsrecht*³²²¹

1223. *Verdeling van de bewijslast* – Artikel 1315 B.W. vormt de basis van de (vermogensrechtelijke) bewijslastregeling. Hij die de uitvoering van een *verbintenis* vordert, moet het bestaan ervan bewijzen; hij die beweert bevrijd te zijn, moet op zijn beurt bewijzen dat hij heeft betaald of dat zijn verbintenis op een andere wijze is tenietgegaan. Diezelfde regel krijgt een meer algemene draagwijdte in artikel 870 Ger.W., waar bepaald wordt dat iedere partij het bewijs moet leveren van de *feiten* die zij aanvoert.³²²²

³²¹⁸ *Supra*, nr. 439.

³²¹⁹ *Supra*, nr. 460.

³²²⁰ *Supra*, nr. 477.

³²²¹ We beperken ons hierna tot enkele specifieke aspecten van het bewijsrecht die in het kader van ons onderzoek relevant zijn, met name de verdeling van de bewijslast en het vermoeden als bewijsmiddel.

³²²² A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 77-78; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 92; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, 83; R. VANDEPUTTE, *Het acquiliaans foutbegrip*, 1983, 88-89; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 162. Zie ook DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 466-467.

Op dit uitgangspunt inzake bewijslastverdeling bestaan drie soorten uitzonderingen: wettelijke uitzonderingen, juridprudentiële uitzonderingen en contractuele afwijkingen.³²²³ *Wettelijke uitzonderingen* kunnen vooreerst bestaan in een omkering van de bewijslast in specifieke situaties ter bescherming van een zwakkere partij. Dergelijke bewijslastomkering, waarvan de artikelen 27 en 28 wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie³²²⁴ een illustratie vormt, houdt in dat de zwakke partij zich kan beperken tot het doen van een bewering zonder het bewijs daarvan te moeten leveren. Het komt toe aan de tegenpartij om het bewijs van het tegengestelde te leveren.³²²⁵ Daarnaast kunnen ook wettelijke vermoedens als een uitzondering worden beschouwd op de uitgangspunten inzake de bewijslastverdeling. Overeenkomstig artikel 1352 B.W. wordt degene in wiens voordeel het wettelijk vermoeden geldt, vrijgesteld van bewijs.³²²⁶ Is het vermoeden onweerlegbaar, dan is er geen tegenbewijs mogelijk en brengt het vermoeden een definitieve bevrijding van de bewijslast met zich mee. Is het vermoeden daarentegen weerlegbaar, dan vindt er enkel een omkering van de bewijslast plaats.³²²⁷ Ter illustratie van een wettelijk weerlegbaar vermoeden kan verwezen worden naar artikel 1649*quater*, §4 B.W. inzake consumentenkoop.³²²⁸

Een *jurisprudentiële uitzondering* betreft bijvoorbeeld de bewijslastverdeling inzake het bewijs van een negatief feit. Behoudens wanneer men een negatief feit kan bewijzen door het bewijs te leveren van een ander positief feit,³²²⁹ is het bewijs van een negatief feit zeer moeilijk.³²³⁰ De rechtspraak is zich milder gaan opstellen en laat een bewijs door vermoedens toe, wanneer het onmogelijk is om een positief bewijs van een negatief feit te leveren.³²³¹ Verder moet ook gewezen worden op bepaalde vermoedens ontwikkeld door de rechtspraak, die weliswaar niet wettelijk verankerd zijn maar toch door bepaalde auteurs als *quasi-wettelijke* vermoedens worden bestempeld.³²³² In dit verband kan verwezen worden naar het oude vermoeden van kennis van het gebrek in hoofde van de professionele verkoper wat betreft de verborgen gebreken in de verkochte zaak.³²³³

³²²³ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 162. Op de contractuele afwijkingen gaan we hierna niet dieper in.

³²²⁴ BS 30 mei 2007.

³²²⁵ A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 80; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 163-164.

³²²⁶ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 231; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 80-81; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 103-104; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 164.

³²²⁷ Cass. 7 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 880 en *Pas.* 1996, 941; Cass. 23 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 790 en *Pas.* 1996, I, 846; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 164.

³²²⁸ Art. 1649*quater*, §4 B.W.: “Manifesteert zich een gebrek aan overeenstemming binnen een termijn van zes maanden vanaf de levering van het goed, dan geldt tot bewijs van het tegendeel het vermoeden dat dit gebrek bestond op het tijdstip van levering, tenzij dit vermoeden onverenigbaar is met de aard van het goed of met de aard van het gebrek aan overeenstemming, door onder andere rekening te houden met het feit of het goed nieuw dan wel tweedehands is.”

³²²⁹ Bv. het feit dat men op een bepaald tijdstip niet op een bepaalde plaats aanwezig was, bewijzen aan de hand van zijn aanwezigheid elders op datzelfde tijdstip. Zie A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 83; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 165.

³²³⁰ A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 83; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 165; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, 111. In dezelfde zin, CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 213.

³²³¹ Cass. 20 maart 1947, *Arr. Cass.* 1947, 91 en *Pas.* 1947, 91; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 165.

³²³² D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 105.

³²³³ D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 105. Meer hierover, zie *infra*, nr. 1232.

1224. *Wettelijk vermoeden als bewijsmiddel* – Een vermoeden is een gevolgtrekking die de wet (wettelijk vermoeden) of de rechter (rechterlijk of feitelijk vermoeden) afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit (artikel 1348 B.W.). Is een vermoeden door de wet ingesteld, dan spreekt men van een *wettelijk vermoeden*; wordt een vermoeden geformuleerd door de rechter, dan gaat het om een *feitelijk of rechterlijk vermoeden*.³²³⁴ Overeenkomstig artikel 1353 B.W. zijn feitelijke vermoedens slechts toegelaten wanneer het getuigenbewijs toegelaten is. Vermoedens houden een bepaalde redenering in: uit een feit dat vaststaat, wordt door de wet of de rechter een ongekend feit dat moet bewezen worden, afgeleid.³²³⁵ Degene in wiens voordeel het vermoeden geldt, wordt vrijgesteld van bewijs.³²³⁶

Twee soorten wettelijke vermoedens kunnen onderscheiden worden: weerlegbare en onweerlegbare vermoedens (artikel 1352 B.W.). Zoals eerder al gesteld, laat een onweerlegbaar vermoeden geen tegenbewijs toe en brengt dit derhalve een definitieve bevrijding van de bewijslast met zich mee. In geval van een weerlegbaar vermoeden is wel een tegenbewijs mogelijk, en vindt derhalve slechts een omkering van de bewijslast plaats.³²³⁷ Wie zich beroept op een wettelijk vermoeden, moet aantonen dat de toepassingsvoorwaarden van dat vermoeden vervuld zijn.³²³⁸

1225. *Bewijsregels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid* – Wie zich beroept op de buitencontractuele aansprakelijkheid (artikel 1382 BW), dient in beginsel het bewijs te leveren van de fout, de schade en het oorzakelijk verband tussen beiden.³²³⁹ Uit het bestaan van de schade mag in geen geval een vermoeden van schuld worden afgeleid.³²⁴⁰ We hebben aangetoond dat de gekwalificeerde benadeling beschouwd moet worden als een toepassing van de leer inzake de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels (artikel 1382 B.W.).³²⁴¹ Derhalve dient de benadeelde partij in beginsel het bewijs te leveren van het misbruik, de benadeling en het oorzakelijk verband tussen beide elementen.

ii. Vermoedens bij misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit

1226. *Sporen in het Nederlandse recht* – Ook in het Nederlandse recht ligt de bewijslast van de voorwaarden voor misbruik van omstandigheden bij de partij die zich op deze rechtsfiguur beroept. Er gaan evenwel stemmen op om deze bewijslast aan te passen in situaties waarin er een aanzienlijke

³²³⁴ Cass. 20 december 2007, *Pas.* 2007, I, 2418, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 229 e.v.; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 175.

³²³⁵ CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 229-230; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 65; DE PAGE, *Traité*, III, 1950, 911-915; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 175; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, 347.

³²³⁶ Inzake de bewijslastregeling, zie *supra*, nr. 1223.

³²³⁷ DE PAGE, *Traité*, III, 1950, 915-916; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 104 en 282-283; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 176; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, 1962, 348 e.v.

³²³⁸ Cass. 23 september 1996, *Arr. Cass.* 790 en *Pas.* 1996, 846; CORNELIS, *Algemene theorie*, 2000, 230; A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, (41) 66-67; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, 2009, 176.

³²³⁹ DE PAGE, *Traité*, II, 1964, 878 en 932; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 94; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 88.

³²⁴⁰ Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, I, 205. Nadien bevestigd door Cass. 14 december 1990, *Verkeersrecht*, 1991, 112; Cass. 4 oktober 1973, *Arr. Cass.* 1974, 135. Zie H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE, L. WYNANT en M. DEBAENE, “Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)”, *TPR* 2000, (1551) 1592; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, 2006, 330-331.

³²⁴¹ *Supra*, nrs. 582 e.v.

kans bestaat dat er van misbruik van omstandigheden sprake is.³²⁴² Dat is met name het geval wanneer de bijzondere omstandigheden vaststaan, de wederpartij met die omstandigheden bekend was en de rechtshandeling voorzienbaar nadelig was voor de partij die de vernietigbaarheid inroept.³²⁴³

In artikel 7:176 N.B.W. is een wettelijk weerlegbaar vermoeden van misbruik van omstandigheden inzake schenking opgenomen: “*Indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, rust bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn*”.³²⁴⁴ Sommige auteurs pleiten voor de invoering van een wettelijk vermoeden inzake misbruik van omstandigheden inzake de borgtocht, aangegaan door familieleden of verwanten van de hoofdschuldenaar (de zogenaamde *bezwaarde verwanten*), ingeval er sprake is van een serieuze affectieve relatie en de overeenkomst nadelig is voor de borg.³²⁴⁵

1227. *Vorbereidende werkzaamheden N.B.W.* – Ook tijdens de voorbereidende werkzaamheden van het N.B.W. trad het vermoeden van misbruik op de voorgrond. Zo werd in artikel 3.2.10, lid 4 Regeringsontwerp de regeling van het Ontwerp MEIJERS inzake misbruik van omstandigheden niet ongewijzigd overgenomen. De aangepaste tekst luidde als volgt: “*Misbruik van omstandigheden leidt tot vernietigbaarheid, wanneer iemand daardoor een ander tot een bepaalde, voor hem nadelige rechtshandeling heeft bewogen. Is de benadeling onevenredig groot en is noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed.*” De wetgever vond het bestaan van bepaalde omstandigheden zo ernstig dat hij er, in combinatie met een buitensporige benadeling, een (wettelijk) vermoeden van misbruik aan koppelde.³²⁴⁶

1228. *Vermoeden in het Duitse recht* – Ook bij toepassing van de Duitse rechtsfiguur *Wucher* wordt het misbruik in bepaalde gevallen afgeleid uit de benadeling. Dat is met name het geval wanneer een aanzienlijke wanverhouding tussen de contractuele hoofdprestaties voorligt en er ook bijzondere omstandigheden voorhanden zijn (*Wucherähnliche Rechtsgeschäfte*). Dit vermoeden uit het Duitse recht kan verklaard worden doordat de Duitse woekerfiguur veeleer gegroeid is vanuit het benadelingsvereiste dan vanuit het misbruikvereiste.³²⁴⁷

³²⁴² ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 212-213.

³²⁴³ VALK, *Preadvies*, NVBR 2004, 101 e.v., aangehaald door ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 213.

³²⁴⁴ ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 213.

³²⁴⁵ Zie G. DE VRIES, “Misbruik van omstandigheden. Een nadeleis? Worden ‘bezwaarde verwanten’ voldoende beschermd? Gaat ‘bedreiging met wanprestatie’ met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STUNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, 2002, (155) 168 en ASSER-HARTKAMP, *Algemene leer der overeenkomsten*, 2005, 213, beiden met verwijzing naar R.P.J.L. TIJTTES, *Bezwaarde verwanten*, Inaugurale rede V.U., 1996. Zie aangaande deze problematiek ook R.P.J.L. TIJTTES, “Ongeschreven zorgplichten van de schuldeiser jegens de aspirant-borg bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht”, *WPNR* 2001, (347) 353 e.v. Daar heeft de auteur het eerder over het vermoeden dat de schuldeiser (de bank) kennis had van het bestaan van het misbruik van omstandigheden in hoofde van de hoofdschuldenaar. Ook hier pleit TIJTTES voor een bewijsvermoeden.

³²⁴⁶ *Supra*, nr. 450. Ook in het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek van Québec werd een bewijsvermoeden naar voor geschoven. Het komt er toe aan de verweerder om, eenmaal de benadeling werd vastgesteld, het bewijs te leveren dat er in zijn hoofde geen uitbuiting van de andere contractpartij heeft plaatsgevonden (GHESTIN, *Traité. La formation du contrat*, 1993, 799).

³²⁴⁷ *Supra*, nrs. 471 e.v. en 484.

1229. *Vermoeden bij undue influence* – Een korte zijsprong naar het Engelse recht toont aan dat ook in dat rechtstelsel gebruik wordt gemaakt van een vermoeden bij toepassing van *undue influence*, een rechtsfiguur die gelijkenissen vertoont met de gekwalificeerde benadeling. Bij *undue influence* is sprake van een situatie waar een contractpartij een hoge mate van controle uitoefent of kan uitoefenen op de medecontractant (“*A transaction can be set aside in equity if, because it has been procured by undue influence exerted by one party (A) on the other (B), it cannot fairly be treated as the expression of [B’s] free will*”).³²⁴⁸

Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen *actual undue influence* en *presumed undue influence*. In beginsel moet de eisende partij aantonen dat er beïnvloeding bestond en werd uitgeoefend, in die zin dat “*he had no means of forming an independent judgment*”, en dat de transactie voortvloeide uit die beïnvloeding (*actual undue influence*).³²⁴⁹ In geval van *presumed undue influence* geeft de relatie tussen de partijen aanleiding tot een vermoeden van *undue influence*. Wanneer dat vermoeden toepassing vindt, moet de eisende partij niet bewijzen dat de transactie veroorzaakt werd door *undue influence*.³²⁵⁰ Opdat dit vermoeden toepassing kan vinden, dient de eisende partij enkel aan te tonen dat een vertrouwensrelatie (*relationship of confidence*) voorligt en dat de transactie “*calls for an explanation*”.³²⁵¹ Van sommige relaties (bv. arts-patiënt, advocaat-cliënt, priester-gelovige, ouder-kind, ...), wordt vermoed dat een vertrouwensband voorligt. In andere gevallen moet het vertrouwelijke karakter bewezen worden. Zo wordt aangenomen dat met de relatie tussen een bankier en een klant in beginsel geen vertrouwensrelatie voorligt. Dat zal echter wel zo zijn in het uitzonderlijke geval waar de klant zijn lot volledig in handen van de bank legt.³²⁵²

iii. Uitzondering op de bewijslastregeling ten voordele van de consument

1230. *Mogelijke beschermingsmaatregel* – Een wettelijke of jurisprudentiële uitzondering op de regeling inzake bewijslastverdeling kan een bepaalde zwakkere contractpartij beschermen.³²⁵³ We bespreken hierna enkele uitzonderingen op de gemeenrechtelijke bewijslastregeling die worden/ werden voorgesteld of aangewend ter bescherming van de consument.

1231. *(Pre-)contractuele informatieplichten* – Het bewijs van de niet-nakoming van een informatieplicht is een bewijs van een negatief feit. Zoals we reeds stelden, is dit bewijs zeer moeilijk te leveren en hanteert de rechtspraak dienaangaande een soepele invulling van de algemene regeling inzake de bewijslastverdeling.³²⁵⁴ Vanuit dit oogpunt werd het voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument van 1995, waarin een omkering van de bewijslast ten voordele van de consument werd vooropgesteld, door DE BOECK positief onthaald. Op basis van dit voorstel zou het aan de professionele partij toekomen om het bewijs te leveren dat de informatieplicht werd vervuld.

³²⁴⁸ E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 2007, 446.

³²⁴⁹ E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 2007, 447; R. STONE en R. CUNNINGTON, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 2007, 755-756.

³²⁵⁰ E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 2007, 447; R. STONE en R. CUNNINGTON, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 2007, 755.

³²⁵¹ In de laatste stand van de rechtspraak wordt niet langer vereist dat de transactie nadelig is voor de eisende partij, of overeenkomstig de nog oudere rechtspraak kennelijk nadelig. Voortaan moet de eisende partij enkel aantonen dat de transactie “*calls for explanation*” of dat de transactie “*is not readily explicable by the relationship between the parties*”. Zie E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 2007, 447; R. STONE en R. CUNNINGTON, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 2007, 758 e.v.

³²⁵² E. PEEL, *Treitel. The Law of Contract*, 2007, 448-453; R. STONE en R. CUNNINGTON, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, 2007, 759-760.

³²⁵³ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 326. Zie ook de Franse auteur J.-P. CHAZAL, “Le consommateur existe-t-il?”, *Recueil Dalloz* 1997, (260) 266. Zie ook *supra*, nr. 1223.

³²⁵⁴ *Supra*, nr. 1223.

De consument werd daarmee vrijgesteld van het bewijs van het negatieve feit dat de informatieplicht was geschonden.³²⁵⁵ Sommige rechtspraak hanteert dergelijke omkering van de bewijslast ook bij toepassing van artikel 4 WMC (oud art. 30 WHPC). Zo oordeelde de rechtbank van koophandel te Brussel dat het voor de consument onmogelijk was om een negatief bewijs te leveren. De professionele partij werd beter in staat geacht om dat bewijs te leveren.³²⁵⁶

Eens vastgesteld is dat de professionele partij verkeerde informatie heeft verstrekt aan de consument, wordt door de rechtspraak vaak een vermoeden van fout gehanteerd. De professionele verkoper die de verkeerde informatie meedeelde aan de consument, wordt – weliswaar weerlegbaar – geacht een fout te hebben begaan. De niet-deskundige consument moet er immers op kunnen vertrouwen dat de door de deskundige en professionele verkoper verschaft informatie juist is.³²⁵⁷

1232. *Vermoeden van kennis van het gebrek in hoofde van professionele verkoper* – Op de fabrikant, professionele verkoper en handelaar rust in het Belgische recht een (door de rechtspraak ontwikkeld) weerlegbaar vermoeden van kennis van de verborgen gebreken waarmee de door hen verkochte goederen zijn behept.³²⁵⁸ Wie precies door het vermoeden getroffen wordt, is doorheen de jaren geëvolueerd. Steeds meer is de nadruk verschoven van het beroepsmatige karakter van de verkoper naar zijn deskundigheid en specialisatiegraad.³²⁵⁹ Als tegenbewijs volstaat het niet dat de verkoper aantoont dat hij het gebrek niet kende. Vereist is dat hij aantoont dat hij het gebrek absoluut onmogelijk kon achterhalen.³²⁶⁰ Dit vermoeden beoogde allereerst de consument te beschermen, ook al werd overwegend aanvaard dat ook een professionele koper zich op het vermoeden kon beroepen.³²⁶¹ Dit vermoeden van kennis in hoofde van de professionele verkoper is inzake de consumentenkoop achterhaald door de nieuwe bepalingen in artikel 1649bis e.v. B.W.

1233. *Omkering van bewijslast inzake reclame* – De oude reclamebepalingen uit de oude WHPC (oud artikel 24, §1 en 2 oude WHPC) voorzagen in bepaalde gevallen in een omkering van de bewijslast ten nadele van de adverteerder.³²⁶² Als principe werd vooropgesteld dat de adverteerder met passende middelen de materiële juistheid moet kunnen aantonen van de in zijn reclameboodschap opgenomen feitelijke gegevens.³²⁶³ De omkering van de bewijslast geldt dan ook niet voor alle in de reclame genoemde gegevens. De adverteerder moet enkel de *juistheid* bewijzen van de in zijn reclame

³²⁵⁵ T. BOURGOIGNIE (ed.), *Voorstel voor een algemene wet inzake de bescherming van de consument. Verslag van de Studiecommissie tot hervorming van het consumentenrecht*, 1995, art. 8. Zie ook DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 368 en 444.

³²⁵⁶ Kh. Brussel 3 december 1996, *TBH* 1997, 741, noot, aangehaald door DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 444.

³²⁵⁷ M. DAMBRE, “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen”, (noot onder Antwerpen 20 januari 1988), *TBBR* 1990, (38) 42; S. BEYAERT, “Vorderingsmogelijkheden voor de koper van een illegaal opgetrokken goed”, *TBBR* 2000, (626) 639.

³²⁵⁸ Cass. 18 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1721 en *Pas.* 2001, 1659; Cass. 15 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1233 en *Pas.* 1989, I, 1117; Cass. 6 oktober 1961, *Pas.* 1962, I, 152; Cass. 13 november 1959, *Arr. Cass.* 1960, 225 en *Pas.* 1960, I, 313; Cass. 12 december 1958, *Arr. Cass.* 1959, 326, noot en *RCJB* 1960, 204, noot G. VAN HECKE; Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 223. Zie ook DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 322; D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 105; A. VAN OEVELEN, “Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie”, in X. (ed.), *Overeenkomstenrecht. XXVIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, 2000, (163) 197. Zie ook M. DAMBRE, “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen”, (noot onder Antwerpen 20 januari 1988), *TBBR* 1990, (38) 42. Zie ook *supra*, nr. 1223.

³²⁵⁹ Voor een overzicht hiervan, zie DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 324.

³²⁶⁰ Cass. 18 oktober 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1721 en *Pas.* 2001, 1659; Cass. 15 juni 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1233 en *Pas.* 1989, I, 1117. Zie ook DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 325.

³²⁶¹ DE BOECK, *Precontractuele informatierechten en -plichten*, 2000, 326.

³²⁶² D. MOUGENOT, *Droit des obligations. La preuve*, 2002, 105.

³²⁶³ R. VAN DEN BERGH, “De vernieuwde regeling van de reclame in de Wet Handelspraktijken 1991: geen reclame voor de Belgische wetgever”, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, (56) 104.

opgenomen meetbare en controleerbare feitelijke gegevens die in het oude artikel 24, §1 WHPC opgesomd waren, waaronder de identiteit, samenstelling, prijs, oorsprong, ...³²⁶⁴

De stakingsrechter die wordt geadieerd door de andere personen dan de minister, bedoeld in oude artikel 98, §1 WHPC, beschikte over de mogelijkheid om vrij te oordelen over de gepastheid van deze bewijslastomkering, rekening houdend met de omstandigheden van het concrete geval, de gerechtvaardigde belangen van de adverteerder (bv. zakengeheim) en van elke andere partij bij de procedure.³²⁶⁵ De toepassingen in de rechtspraak waarin de omkering van bewijslast werd gevorderd, zijn schaars gebleken.³²⁶⁶ Deze regeling werd gedeeltelijk overgenomen in artikel 103 WMC (oud art. 94/13 WHPC).

iv. Vermoeden van misbruik bij gekwalificeerde benadeling

1234. *Verwerping van een vermoeden van misbruik (algemeen)* – Het afleiden van het misbruik uit de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden en een (aanzienlijke) benadeling van de zwakke contractpartij zoals in het Duitse recht, kan in het geldende recht niet toegepast worden bij de gekwalificeerde benadeling. Dergelijk vermoeden is moeilijk verzoenbaar met het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, waar vereist wordt dat het slachtoffer de drie basisvoorwaarden (de fout, de schade en het oorzakelijk verband tussen beiden) bewijst. Het misbruik afleiden uit de benadeling van de zwakke contractpartij, houdt een ontoelaatbare vermenging in van twee basisvoorwaarden.³²⁶⁷

Een algemeen vermoeden van misbruik ingeval van omstandigheden van inferioriteit en benadeling is niet enkel onverzoenbaar met de grondslag van de gekwalificeerde benadeling, dergelijk vermoeden lijkt daarenboven ook niet wenselijk. Ingeval van gekwalificeerde benadeling ligt de nadruk vanuit historisch oogpunt immers veeleer op het misbruikvereiste dan op het benadelingsvereiste, dit in tegenstelling tot het Duitse woekerverbod. Een algemeen vermoeden van misbruik zou dan ook een miskennen inhouden van de *ratio legis* van de gekwalificeerde benadeling, met name het beteugelen van een misbruik dat leidt tot een benadeling van de zwakke contractpartij.

1235. *Verwerping van een vermoeden van misbruik ten voordele van de consument* – Ook een bijzonder vermoeden van misbruik ingeval van benadeling van een consument die zich in een inferieure contractuele positie bevindt, lijkt niet aangewezen. De zware bewijslast van het misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling stelt zich immers niet enkel voor de benadeelde

³²⁶⁴ De omkering van de bewijslast werd door VAN DEN BERGH fel bekritiseerd. Zie R. VAN DEN BERGH; “De vernieuwde regeling van de reclame in de Wet Handelspraktijken 1991: geen reclame voor de Belgische wetgever”, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, (56) 105.

³²⁶⁵ P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)”, *TPR* 1999, (131) 354-355; J.-L. FAGNART, “Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur”, *TBH* 1991, (258) 272 e.v.; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1840. Zie ook R. VAN DEN BERGH; “De vernieuwde regeling van de reclame in de Wet Handelspraktijken 1991: geen reclame voor de Belgische wetgever”, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, (56) 105.

³²⁶⁶ Vz. Kh. Brussel 3 juni 1992, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 131 en Vz. Kh. Brussel 14 oktober 1992, *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 150, noot S. DE MEUTER. In beide zaken werd het verzoek afgewezen. Zie P. DE VROEDE, Y. MERCHERS en I. DEMUYNCK, “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)”, *TPR* 1999, (131) 355; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, (1721) 1840.

³²⁶⁷ Ook DE PAGE verwerpt een vermoeden van fout bij de gekwalificeerde benadeling: “*Il va de soi que, dans le système de la lésion qualifiée, la preuve de la faute du bénéficiaire ne peut être qu’à charge du lésé. Ainsi l’exige d’ailleurs la notion de faute. Au surplus, dès l’instant où on ne prend en considération, ni la disproportion elle-même, ni la situation du lésé, toute autre solution est inconcevable. Le principe de la preuve à charge du lésé sauvegarde au surplus la situation du cocontractant de bonne foi, et garantit ainsi la sécurité des affaires. Le modifier (présomption de faute, sur la seule base de la lésion) serait revenir à toutes les inconvénients des systèmes antérieurs.*” (DE PAGE, *Le problème de la lésion*, 1946, 80).

consument die zich op deze rechtsfiguur wenst te beroepen, maar ook voor benadeelde contractpartijen die een andere hoedanigheid hebben. Het invoeren van een vermoeden van misbruik ten voordele van de consument zou een erkenning inhouden van het postulaat van de consument als zwakke contractpartij, waarmee niet kan worden ingestemd.

c. Besluit

1236. *Zware bewijslast* – Het misbruikvereiste bij de gekwalificeerde benadeling brengt een zware bewijslast in hoofde van de benadeelde partij met zich mee, zeker in vergelijking met het Duitse recht. Nu de leer inzake de *culpa in contrahendo* als definitieve grondslag van deze rechtsfiguur werd aangewezen, ligt met het misbruikvereiste voortaan wel een duidelijke, weliswaar open norm voor. Desalniettemin blijft de bewijslast voor de benadeelde partij zwaar, wat vaak ook afschrikkend werkt, zeker indien de inzet van de vordering relatief klein is. Meteen is duidelijk dat de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument niet volledig verholpen wordt via de gekwalificeerde benadeling. In dat opzicht moet nagegaan worden of een consumentenrechtelijk compenserend instrument voorhanden is die de zware bewijslast van het misbruikvereiste in hoofde van de consument kan verlichten. Vanuit die invalshoek moet een blik geworpen worden op de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken.

AFDELING II. REGELGEVING INZAKE ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN: EEN CONSUMENTENRECHTELIJK COMPENSEREND INSTRUMENT BIJ MISBRUIK VAN INFERIORITEIT?

1237. *Doelstelling* – We onderzoeken de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken en zullen aantonen dat het misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument door de onderneming gekwalificeerd kan worden als een oneerlijke handelspraktijk (§2). Vervolgens zullen we aantonen dat deze regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken evenwel geen doeltreffend instrument vormt voor het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van het misbruik van de inferieure contractuele positie in hoofde van de consument (§3). We vangen deze afdeling echter aan met een korte schets van het wettelijke kader inzake de oneerlijke handelspraktijken (§1).

§1. Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten: het wettelijke kader

A. De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de omzetting in het Belgische recht

1. Totstandkoming en doelstelling van de Richtlijn³²⁶⁸

1238. *Totstandkoming van de Richtlijn* – De invoering van een kaderrichtlijn inzake handelspraktijken werd reeds aangekaart in het Groenboek over de consumentenbescherming in de

³²⁶⁸ We schetsen het algemene kader van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken slechts op kernachtige wijze. Voor een meer uitgebreide situering van deze richtlijn, zie H.-W. MICKLITZ, “Unfair commercial practices and misleading advertising”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (61) 64-70; S. WEATHERILL en U. BERNITZ, “Introduction”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, 1-10.

Europese Unie van 2001.³²⁶⁹ In juni 2003 diende de Commissie hiertoe een voorstel in. Op 11 mei 2005 werd de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken aangenomen.³²⁷⁰

1239. *Doelstelling richtlijn*³²⁷¹ – De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken beoogt bij te dragen aan de goede werking van de interne markt. Ook tracht de Richtlijn een hoog niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen door de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake oneerlijke handelspraktijken te harmoniseren.³²⁷² Door de harmonisatie bekomen consumenten en ondernemingen meer juridische zekerheid. Er ligt één regelgevend kader voor met duidelijk omschreven rechtsbegrippen waarin alle aspecten van oneerlijke handelspraktijken in de Europese Unie geregeld worden. De belemmeringen die ontstaan door een fragmentarische regeling inzake oneerlijke handelspraktijken en die de economische belangen van de consumenten schaden, worden weggewerkt.³²⁷³

1240. *Maximumharmonisatie* – Met de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken werd gekozen voor maximumharmonisatie, en dit in tegenstelling tot de meeste vroegere richtlijnen inzake consumentenbescherming.³²⁷⁴ Binnen het door de Richtlijn geharmoniseerde gebied kunnen de lidstaten geen maatregelen nemen die een meer verregaande bescherming bieden aan de consument. De Richtlijn legt immers een maximumgrens op wat de consumentenbescherming inzake oneerlijke handelspraktijken betreft. Alleen inzake financiële diensten en onroerende goederen mogen de lidstaten een meer verregaande bescherming bieden aan de consument.³²⁷⁵

³²⁶⁹ Groenboek over de consumentenbescherming in de Europese Unie, 2001, COM(2001) 531 def., 14 e.v. Zie L. DE BROUWER, “De oneerlijke handelspraktijken en de gereguleerde handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (143) 143; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 904.

³²⁷⁰ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van richtlijn 84/450 EEG van de Raad, richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PB* L 149, 22. Voor een historische schets van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, zie J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 109-112.

³²⁷¹ Voor een uitgebreide bespreking van de doelstelling van de Richtlijn, zie G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 11-15; H.-W. MICKLITZ, “Unfair commercial practices and misleading advertising”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (61) 71-73.

³²⁷² Art. 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁷³ Overweging 12 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 375; J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 108.

³²⁷⁴ E. TERRYEN, “Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, (107) 107. Voor kritische beschouwingen daaromtrent, zie Y. MONTANGIE, “De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: de weg vrij voor grensoverschrijdende transacties?”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkwet*, 2008, 5-18. Zie ook *supra*, nrs. 67-68 en 758.

³²⁷⁵ Art. 3, lid 9 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Het voorgaande moet wel genuanceerd worden, aangezien de Richtlijn voorziet in een overgangperiode. Overeenkomstig art. 3, lid 5 Richtlijn kunnen de lidstaten gedurende een periode van zes jaar, te rekenen vanaf 12 juni 2007, “op het bij de Richtlijn geharmoniseerde gebied nationale bepalingen blijven toepassen die strenger of prescriptiever zijn dan de bepalingen van de Richtlijn en die uitvoering geven aan richtlijnen die clausules voor minimale harmonisatie bevatten”. Vereist is dat die maatregelen onontbeerlijk zijn om een toereikende bescherming van de consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken te waarborgen en ook evenredig zijn met dat doel.

2. Omzetting in het Belgische recht

1241. *Omzetting in WMC* – De regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten is opgenomen in Hoofdstuk 4 (Verboden praktijken), Afdeling 1 WMC. Over de aanvankelijke omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken in de oude WHPC³²⁷⁶, is veel inkt gevloeid.³²⁷⁷ De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken harmoniseert immers enkel het recht inzake oneerlijke handelspraktijken *in de verhouding tussen ondernemingen en consumenten*. De oude WHPC integreerde daarentegen het recht inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen ten aanzien van consumenten met het recht inzake oneerlijke mededinging.³²⁷⁸ De omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen vereiste derhalve een ingrijpende wijziging van de oude WHPC. Deze grondige aanpassing werd uiteindelijk pas doorgevoerd met de invoering van de nieuwe WMC.

B. Het toepassingsgebied

1242. *Algemeen kader* – Overeenkomstig artikel 83 WMC (oud art. 94/4 WHPC) is de regeling “*van toepassing op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten vóór, gedurende en na de tekoopaanbieding en de verkoop van producten*”.³²⁷⁹

1243. *Personeel toepassingsgebied* – Net als voor de overige bepalingen van de WMC, wordt inzake oneerlijke handelspraktijken als *consument* beschouwd “*iedere natuurlijke persoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten verwerft of gebruikt*”.³²⁸⁰

Onderneming is “*elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”.³²⁸¹ In de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken wordt echter een ruimere invulling gegeven: “*iedere natuurlijke of rechtspersoon die die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem*

³²⁷⁶ Dit gebeurde bij wet van 5 juni 2007 tot wijziging van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, BS 21 juni 2007.

³²⁷⁷ Zie in het bijzonder L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 376-377; J. STUYCK, “De handelspraktijkenwet na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Kritiek en praktische vragen”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, 2008, 117-135.

³²⁷⁸ J. STUYCK, “De handelspraktijkenwet na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Kritiek en praktische vragen”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, 2008, (117) 120; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 903-904. Voor een overzicht van de achtergrond en de structuur van de WHPC vóór de omzetting, zie E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 25-26.

³²⁷⁹ Zie ook art. 3, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. In de oude WHPC stonden in plaats van de woorden *de tekoopaanbieding en de verkoop van producten* de woorden *de commerciële transactie met betrekking tot een product*. Over de reikwijdte van het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken, zie in het bijzonder G. STRAETMANS, “Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken en de Belgische omzettingswetgeving”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (1) 10 e.v.

³²⁸⁰ Art. 2, 3° WMC (oud art. 93, 1° WHPC) en art. 2, a) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Onder de oude WHPC konden rechtspersonen voor de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken niet als consument worden beschouwd, terwijl dit voor de overige bepalingen van de oude WHPC (bv. de regelgeving inzake onrechtmatige bedingen) wel mogelijk was. Onder de nieuwe WMC werd het begrip *consument* ge-uniformiseerd. Rechtspersonen kunnen voor geen enkele bepaling als consument worden beschouwd.

³²⁸¹ Onder de oude WHPC gold het algemene verkopersbegrip (oud art. 1, 6° WHPC) voor de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken.

optreedt”.³²⁸² De Richtlijn wordt derhalve niet correct omgezet, aangezien de WMC niet van toepassing is op de beoefenaars van vrije beroepen.³²⁸³

1244. *Materieel toepassingsgebied* – Handelspraktijk is “iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie met inbegrip van reclame en marketing, van een onderneming, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product”.³²⁸⁴ Derhalve wordt in beginsel iedere gedraging van de onderneming gevisieerd. Dat gedrag moet wel rechtstreeks verband houden met de verkoopbevordering, de verkoop of levering van een product. Onder *producten* worden begrepen “goederen en diensten, onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.³²⁸⁵

C. Inhoudelijke bepalingen

1. Inleidende opmerkingen

a. Algemene opbouw

1245. *Driedelige structuur* – De regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken vertoont een driedelige structuur. Een grote algemene norm verbiedt oneerlijke handelspraktijken en bepaalt wanneer een handelspraktijk oneerlijk is.³²⁸⁶ Die norm wordt verder gespecificeerd in twee kleine algemene normen, met name het verbod op misleidende en agressieve handelspraktijken.³²⁸⁷ Een handelspraktijk die misleidend of agressief is, wordt automatisch als oneerlijk beschouwd.³²⁸⁸ Tot slot omvat de regeling ook een zwarte lijst van praktijken die onder alle omstandigheden als misleidend of agressief, en derhalve oneerlijk, worden beschouwd.³²⁸⁹

1246. *Cascadesysteem* – Wanneer het (on)eerlijke karakter van een handelspraktijk onderzocht wordt, zal een bepaalde volgorde gevolgd worden. Allereerst dienen de zwarte lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken te worden onderzocht. Stelt de rechter vast dat de onderzochte handelspraktijk beantwoordt aan één van de praktijken vermeld op de zwarte lijsten, dan moet hij die als oneerlijk en verboden kwalificeren. De rechter heeft derhalve nauwelijks beoordelingsvrijheid. Valt de handelspraktijk daarentegen niet onder de zwarte lijsten, dan moet de rechter vervolgens nagaan of de praktijk als misleidend of agressief in de zin van de artikelen 88-90 en 92-93 WMC (oude art. 94/6, 94/7, 94/9 en 94/10 WHPC) kan worden gekwalificeerd. Indien de handelspraktijk noch als een misleidende noch als een agressieve handelspraktijk kan worden gekwalificeerd, dan kan de rechter in laatste instantie een beroep doen op de grote algemene norm.³²⁹⁰ In dat laatste geval zal

³²⁸² Art. 2, d) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁸³ Art. 3, §2 WMC. Zie ook B. PONET, “Korte beschouwingen naar aanleiding van de wetwijziging van 5 juni 2007”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (299) 299-300.

³²⁸⁴ Art. 2, 29° WMC (oud art. 93, 5° WHPC) en art. 2, d) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁸⁵ Art. 2, 4° WMC (oud art. 93, 2° WHPC) en art. 2, c) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie aangaande onroerende goederen in het bijzonder A. DE BOECK, “Nieuwe consumentenbescherming en reclameregels voor onroerend goed-transacties in de gewijzigde wet handelspraktijken”, *TVV* 2007, 1000-1010.

³²⁸⁶ Art. 84, lid 1 en 86 WMC (oud art. 94/5, §1 en 2 WHPC) en art. 5, lid 1 en 2 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁸⁷ Voor de misleidende handelspraktijken, zie art. 88, 89 en 90 WMC (oude art. 94/6 en 94/7 WHPC) en art. 6 en 7 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Voor de agressieve handelspraktijken, zie art. 92 en 93 WMC (oude art. 94/9 en 94/10 WHPC) en art. 8 en 9 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁸⁸ Art. 85 WMC (oud art. 94/5, §3 WHPC) en art. 5, lid 4 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁸⁹ Art. 91 en 94 WMC (oude art. 94/8 en 94/11 WHPC) en art. 5, lid 5 en bijlage I Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³²⁹⁰ B. KEIRSILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 235; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 355; R. STEENNOT, “De

de consument een strijdigheid met de vereisten van professionele toewijding moeten aantonen, terwijl dit bij de kleine algemene normen van misleidende en agressieve handelspraktijken vermoed wordt.³²⁹¹

De algemene norm fungeert als een *catch-all*-bepaling of vangnet. Gelet op de ruime omschrijving van misleidende en agressieve handelspraktijken die daarenboven een toepassing vormen van oneerlijke handelspraktijken, wordt verwacht dat de resterende categorie van oneerlijke handelspraktijken veeleer beperkt zal zijn.³²⁹² Ook de Europese Commissie gaf dat bij de voorbereiding van de Richtlijn al aan.³²⁹³ Het voordeel van de grote algemene norm is wel dat toekomstige oneerlijke handelspraktijken ondervangen kunnen worden.³²⁹⁴

1247. *Verbodsbepalingen* – Net als de regeling inzake onrechtmatige bedingen, omvat het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken geen positieve verplichtingen voor de ondernemingen. Er worden daarentegen verbodsbepalingen vooropgesteld. Het komt toe aan de consument om aan te tonen dat de kwestieuze praktijk oneerlijk is, en derhalve verboden wordt onder de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken.³²⁹⁵ Op die manier wordt rechtszekerheid bereikt door oneerlijkheid eerder dan eerlijkheid te definiëren. De regelgeving zou zo een evenredige reactie vormen op situaties die consumenten materieel nadeel berokkenen.³²⁹⁶

b. Consumentenbeeld

1248. *Gemiddelde consument* – In de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken wordt de gemiddelde consument als referentie gehanteerd, en niet de kwetsbare of atypische consument.³²⁹⁷ Daarmee wordt

gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 53; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 911; J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 124-125; E. TERRYEN, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 61.

³²⁹¹ Zie ook J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 109 en 127.

³²⁹² H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 115; L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 384; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 356; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 53-54. In dezelfde zin, G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 20.

³²⁹³ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), COM (2003) 356 def., 13 (punt 52).

³²⁹⁴ In dat verband stelt ABBAMONTE dat de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken ‘future-proof’ is. Zie G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 21.

³²⁹⁵ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 25.

³²⁹⁶ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), COM (2003) 356 def., 8 (punt 30).

³²⁹⁷ Overweging 18 en art. 5, lid 2, b) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 24; H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 111; A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele

aangeknoopt bij de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een nationale beperking inzake reclame met de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer, uitgaat van de *vermoedelijke verwachting van de redelijk geïnformeerde, omzichtige en oplettende consument*.³²⁹⁸ Daarbij worden sociale, culturele en taalkundige factoren mee in overweging genomen.³²⁹⁹ De rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie waarin aanvaard werd dat de consument die beschermd werd door het oude artikel 94 WHPC, de minst geïnformeerde consument was³³⁰⁰, is niet langer houdbaar.³³⁰¹

1249. *Abstracte beoordeling geconcretiseerd* – Of een handelspraktijk op basis van één van de algemene normen als oneerlijk moet worden gekwalificeerd, wordt *in abstracto* beoordeeld, rekening houdend met de concrete omstandigheden van het geval.³³⁰² De rechter gaat na of de handelspraktijk de gemiddelde consument beïnvloedt in zijn economische beslissingsgedrag en houdt daarbij rekening met alle omstandigheden waarin de handelspraktijk voorkwam. De beïnvloeding van het gedrag van de consument wordt concreet beoordeeld rekening houdend met de specifieke omstandigheden.³³⁰³

relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 22; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 70; E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 28.

³²⁹⁸ In overweging 18 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken wordt trouwens uitdrukkelijk de link gelegd met die rechtspraak van het Hof van Justitie. Zie ook Brussel 8 mei 2008, *TBH* 2008, 809. Zie ook L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 1386; B. KEIRSILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 250; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 911; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 64; S. WEATHERILL, “Who is the ‘Average Consumer’?”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (115) 123 e.v. Zie ook *supra*, nr. 1217.

³²⁹⁹ J. STUYCK, E. TERRY en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 121.

³³⁰⁰ Zie Cass. 12 oktober 2000, *TBH* 2001, 669, noot G. STRAETMANS. Zie ook L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 386 en H.-W. MICKLITZ, J. STUYCK en E. TERRY, *Cases, Materials and Text on Consumer Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, 2010, 45-47.

³³⁰¹ In volgende recente uitspraken wordt het consumentenbeeld uit de Richtlijn Oneerlijke Bedingen duidelijk toegepast: Brussel 8 mei 2008, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging* 2008, 75; Kh. Brussel 23 april 2008, *T. Verz.* 2008, 246, noot R. STEENNOT en L. VAN DEN STEEN. Zie ook R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 375; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 70; E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 28; E. TERRY, “Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, (107) 111.

³³⁰² R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 78. In dezelfde zin, B. KEIRSILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 250.

³³⁰³ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), COM (2003) 356 def., 13 (punt 54). Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 117; A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 27.

1250. *Nuancering* – Wanneer de handelspraktijk op een bepaalde groep van personen gericht is, zal het economische gedrag van het gemiddelde lid van die groep in rekenschap worden genomen.³³⁰⁴ In bepaalde gevallen kan in het bijzonder rekening worden gehouden met de zwakke consument, met name bij consumenten die wegens een mentale of lichamelijke handicap, hun leeftijd of goedgelovigheid bijzonder vatbaar zijn voor die handelspraktijken of voor de onderliggende producten. In dat geval wordt de handelspraktijk beoordeeld vanuit het gezichtspunt van het gemiddelde lid van die groep. Voorwaarde daartoe is wel dat het voor de handelaar redelijkerwijs voorzienbaar is dat de handelspraktijk het economische gedrag van één van voornoemde categorieën van consumenten wezenlijk verstoort of kan verstoren.³³⁰⁵ Het bovenstaande doet echter geen afbreuk aan de gangbare, legitieme reclamepraktijk waarbij overdreven uitspraken worden gedaan of uitspraken die niet letterlijk dienen te worden genomen.³³⁰⁶ Superlatiefreclame of hyperbolische reclame is derhalve nog steeds toegestaan.³³⁰⁷

2. Algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken

1251. *Verbod op oneerlijke handelspraktijken* – Oneerlijke handelspraktijken zijn verboden overeenkomstig artikel 86 WMC (oud art. 94/5, §1 WHPC). Een handelspraktijk is oneerlijk, wanneer zij in strijd is met de vereisten van professionele toewijding en het economische gedrag van de gemiddelde consument die zij bereikt of op wie zij gericht is, met betrekking tot het onderliggende product, wezenlijk verstoort of kan verstoren.³³⁰⁸ De consument die deze algemene verbodsbepaling inroept, moet derhalve aantonen dat de handelspraktijk (a) strijdig is met de vereisten van professionele toewijding en (b) het economische gedrag van de gemiddelde consument wezenlijk verstoort of kan verstoren.³³⁰⁹ Hij moet ook aantonen dat er een handelspraktijk voorligt, met name dat de gedraging van de onderneming rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van het product.³³¹⁰

³³⁰⁴ Art. 84, lid 1, b) WMC (oud art. 94/5, §2 WHPC) en art. 5, lid 2, b) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 121.

³³⁰⁵ Art. 84, lid 2 WMC (oud art. 94/5, §2, lid 2 WHPC) en art. 5, lid 3 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 25; L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 386; B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 257; E. TERRYEN, “Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, (107) 110 en J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 907.

³³⁰⁶ Art. 84, lid 2, laatste zin WMC (oud art. 94/5, §2, lid 2, laatste zin WHPC) en art. 5, lid 3, laatste zin Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, 2008, 66.

³³⁰⁷ Zie uitgebreider bij H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 128 e.v.

³³⁰⁸ Art. 84, lid 1 WMC (oud art. 94/5, §2 WHPC) en art. 5, lid 1 en 2 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³⁰⁹ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), COM (2003) 356 def., 13 (punt 51). Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 116; L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 384; I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, 2008, 65; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 80.

³³¹⁰ *Supra*, nr. 1244.

1252. *Strijdigheid met professionele toewijding* – Overeenkomstig artikel 2, 32° WMC (oud art. 93, 8° WHPC) wordt onder *professionele toewijding* begrepen “het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een onderneming in haar activiteitsdomein ten aanzien van de consument mag worden verwacht, overeenkomstig de eerlijke handelsgebruiken”. In de Richtlijn wordt verwezen naar *eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar*³³¹¹, terwijl er in de WMC (oude WHPC) sprake is van *eerlijke handelsgebruiken*.

In de Memorie van Toelichting werd erop gewezen dat het begrip *professionele toewijding* ruimer is dan de notie *eerlijke handelsgebruiken*. Aan de beroepsbeoefenaars wordt tevens de verplichting opgelegd om binnen hun activiteitenbranche vakkundig en zorgvuldig te handelen jegens de consument. Ook indien de eerlijke gebruiken in acht worden genomen, kan een onderneming een oneerlijke handelspraktijk stellen door onbekwaam of onvoldoende gewetensvol te handelen.³³¹² De onderneming zal een niveau van gespecialiseerde bekwaamheid en goede trouw moeten waarborgen in al zijn gedragingen die invloed kunnen hebben op de commerciële beslissingen van een consument.³³¹³

De notie *professionele toewijding* vindt aansluiting bij het burgerrechtelijke foutbegrip. Op basis van dat foutbegrip kan een onderneming gesanctioneerd worden indien zij zich niet gedraagt als een redelijke, zorgvuldige onderneming geplaattst in dezelfde concrete omstandigheden.³³¹⁴ De definitie omvat vage begrippen zoals *het normale niveau, bijzondere vakkundigheid, redelijkerwijs en eerlijke handelsgebruiken*, waardoor het begrip *professionele toewijding* alsnog relatief abstract en onbepaald blijft.³³¹⁵ Er wordt verwacht dat nationale rechters zullen teruggrijpen naar de vertrouwde invulling van het begrip *eerlijke handelsgebruiken*.³³¹⁶

1253. *Wezenlijke verstoring van het economische gedrag van consumenten* – Het economische gedrag van de consument wezenlijk verstoren betekent “een handelspraktijk gebruiken om het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen merkbaar te beperken, waardoor de consument tot een transactie besluit waartoe hij anders niet had besloten”.³³¹⁷ Dit vereiste gaat over de beperking van de mogelijkheid van de consument om een geïnformeerde beslissing te nemen over een transactie. Een *besluit over een transactie* omvat “elk door een consument genomen besluit over de vraag of, en, zo ja, hoe en op welke voorwaarden hij een product koopt, geheel of gedeeltelijk

³³¹¹ Art. 2, h) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken omschrijft de *professionele toewijding* als “het normale niveau van bijzondere vakkundigheid en zorgvuldigheid dat redelijkerwijs van een handelaar ten aanzien van consumenten mag worden verwacht, overeenkomstig eerlijke marktpraktijken en/of het algemene beginsel van goede trouw in de sector van de handelaar”.

³³¹² Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 15. Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYIN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 116; L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 385.

³³¹³ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 23.

³³¹⁴ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 26; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2008, 85; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 80.

³³¹⁵ In dezelfde zin, H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYIN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 116.

³³¹⁶ E. TERRYIN, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 32. In dezelfde zin, L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 385.

³³¹⁷ Art. 2, 30° WMC (oud art. 93, 6° WHPC) en art. 2, e) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, ongeacht of de consument wel of niet tot handelen overgaat".³³¹⁸

De beperking van het beoordelingsvermogen van de consument moet *merkbaar* zijn. Enkel wanneer de handelspraktijk een doorslaggevende invloed heeft op de beslissing van de consument, kan deze als een oneerlijke handelspraktijk in aanmerking komen. Zonder de oneerlijke handelspraktijk zou hij niet gekozen hebben om een bepaald product, eerder dan een andere, te verwerven.³³¹⁹ Wel volstaat het dat de consument bij afwezigheid van de oneerlijke handelspraktijk, de transactie onder andere voorwaarden zou hebben gesloten.³³²⁰ Een effectieve beïnvloeding van de beslissing van de consument is evenmin vereist. Een louter potentiële beïnvloeding volstaat ("*het economische gedrag van de consument wezenlijk verstoren of kunnen verstoren*").³³²¹

3. Algemene norm inzake misleidende handelspraktijken

1254. *Handelingen en omissies* – Een eerste verbijzondering van het algemene verbod op oneerlijke handelspraktijken zijn de misleidende handelspraktijken. De misleidende handelspraktijken worden als de belangrijkste praktische toepassing beschouwd.³³²² Ze worden verder onderverdeeld in misleidende handelingen en misleidende omissies.

a. Misleidende handeling

1255. *Definitie* – Als misleidend wordt beschouwd "*een handelspraktijk die gepaard gaat met onjuiste informatie en derhalve op onwaarheden berust of, zelfs als de informatie feitelijk correct is, de gemiddelde consument op enigerlei wijze, inclusief door de algemene presentatie, bedriegt of kan bedriegen ten aanzien van een of meer van de volgende elementen, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. (...)*".³³²³

1256. *Onjuiste of bedrieglijke informatie* – Om als misleidend te worden gekwalificeerd, moet de handelspraktijk gepaard gaan met *onjuiste of bedrieglijke informatie*.³³²⁴ Ook juiste informatie kan de

³³¹⁸ Art. 2, 35° WMC (oud art. 93, 11° WHPC) en art. 2, k) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³¹⁹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 14. Zie ook H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 117.

³³²⁰ H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 117; L. DE BROUWER en G. SORREAU, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée", *TBH* 2008, (371) 385.

³³²¹ L. DE BROUWER en G. SORREAU, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée", *TBH* 2008, (371) 385; B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KUL, 2009-2010, 246; R. STEENNOT, "De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken", in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 81. Zie ook G.B. ABBAMONTE, "The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 23: "In some cases, unfair commercial practices will cause economic damage to the consumer as, for example, when sellers coerce the consumer to pay a disproportionately high price or to buy a defective product. However, the insertion of an economic damage requirement as a precondition to acting under the Directive would have been inappropriate as it would significantly have diminished the current level of consumer protection in the EU."

³³²² H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 118.

³³²³ Art. 88, lid 1 WMC (oud art. 94/6, §1, lid 1 WHPC) en art. 6, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³²⁴ B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KUL, 2009-2010, 272-274.

consument misleiden. Bedrieglijke informatie vereist echter noch opzet of bedrog, noch een fout in hoofde van de onderneming.³³²⁵ Er wordt veeleer vereist dat de praktijk de consument misleidt of kan misleiden.³³²⁶ In tegenstelling tot de grote algemene norm, wordt evenmin een strijdigheid met de professionele toewijding vereist.³³²⁷ De consument moet enkel aantonen dat de handelspraktijk gepaard gaat met onjuiste informatie of dat de praktijk hem bedriegt of kan bedriegen aangaande één van de opgesomde elementen. Dat de consument daadwerkelijk wordt misleid, is geen vereiste.³³²⁸

Vervolgens wordt een exhaustieve doch ruime lijst opgenomen met de elementen waarover de handelspraktijk de consument niet mag misleiden. Het betreft o.m. de voornaamste kenmerken van het product alsook de prijs of diens berekeningswijze of het bestaan van een specifiek prijsvoordeel. Wordt er informatie verschaft aan de consument die bij hem een verkeerde voorstelling opwekt over andere aangelegenheden dan deze opgesomd in bovenvermelde lijst, dan betreft het geen misleidende handelspraktijk overeenkomstig artikel 88 WMC (oud art. 94/6, §1, lid 1 WHPC). Die praktijk kan mogelijks wel gesanctioneerd worden op basis van de grote algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken.³³²⁹

1257. *Doorslaggevend karakter: ruime invulling* – Een handelspraktijk zal slechts misleidend zijn, indien het de gemiddelde consument ertoe brengt of kan brengen een besluit te nemen over een transactie dat hij anders niet had genomen.³³³⁰ Net als bij de algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken, moet geen daadwerkelijke beïnvloeding bewezen worden. Een louter potentiële beïnvloeding is voldoende. Het volstaat te bewijzen dat de praktijk de (gemiddelde) consument er kan toe brengen te contracteren onder andere voorwaarden.³³³¹ Tevens ligt niet enkel beïnvloeding voor

³³²⁵ L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 387-388; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 373; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 69; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 62. Zie ook Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 29.

³³²⁶ R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 78.

³³²⁷ H.-W. MICKLITZ, “Unfair commercial practices and misleading advertising”, in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, (61) 85; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 80.

³³²⁸ R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 78; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 69-70.

³³²⁹ H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 122; L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 388; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 377; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 907. Voorzichtig in andere zin, A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 29.

³³³⁰ H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 119; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 72; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 64.

³³³¹ R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 373; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 80.

indien de (gemiddelde) consument zonder de handelspraktijk niet zou hebben gecontracteerd. Het volstaat dat het contract onder andere voorwaarden zou zijn afgesloten.³³³²

b. Misleidende omissie

1258. *Definitie* – Als *misleidende omissie* wordt beschouwd “een handelspraktijk die in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden en de beperkingen van het communicatiemiddel in aanmerking genomen, essentiële informatie welke de gemiddelde consument, naargelang de context, nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, weglaat en die de gemiddelde consument er toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen”.³³³³ Verder wordt eveneens als een *misleidende omissie* beschouwd “een handelspraktijk die essentiële informatie als bedoeld in §1, rekening houdend met de in die paragraaf geschetste details, verborgen houdt, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laattijdig verstrekt, of het commerciële oogmerk, indien dit niet reeds duidelijk uit de context blijkt, niet laat blijken, en de gemiddelde consument er zowel in het ene als in het andere geval toe brengt of kan brengen een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen”.³³³⁴

1259. *Afwezigheid van essentiële informatie* – Misleidende omissie omvat niet enkel de manifeste afwezigheid van informatie, maar ook situaties waar de informatie wel aanwezig is, maar de consument deze redelijkerwijze niet opmerkt of begrijpt. Met afwezigheid van informatie wordt derhalve gelijkgesteld: het verborgen houden van informatie, het onbegrijpelijke karakter ervan, het dubbelzinnige karakter ervan, de laattijdige mededeling en het niet laten blijken van het commerciële oogmerk.³³³⁵ Net als bij misleidende handelingen, wordt geen bedoeling tot misleiding in hoofde van de onderneming vereist.³³³⁶

Bij een misleidende omissie moet de informatie wel essentieel zijn met het oog op het besluit van de consument inzake de transactie. Welke informatie essentieel is, wordt echter niet vooropgesteld.³³³⁷ De rechter moet *in concreto* nagaan of bepaalde niet-vermelde informatie in hoofde van de gemiddelde consument noodzakelijk is om een geïnformeerd besluit te kunnen nemen. Het feit dat rekening moet worden gehouden met de feitelijke context, verhindert echter niet dat er rekening kan worden gehouden met het criterium van de gemiddelde consument. Meer concreet moet worden nagegaan of een gemiddelde consument, die zich bevindt in een dergelijke feitelijke context, nood had aan de betrokken informatie.³³³⁸

³³³² R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 378; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 72; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 64.

³³³³ Art. 90, §1 WMC (oud art. 94/7, §1 WHPC) en art. 7, lid 1 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³³⁴ Art. 90, §2 WMC (oud art. 94/7, §2 WHPC) en art. 7, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³³⁵ H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 124 e.v.

³³³⁶ R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 78.

³³³⁷ H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 127.

³³³⁸ R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 74.

Indien het voor de handelspraktijk gebruikte medium beperkingen qua ruimte of tijd met zich meebrengt, wordt bij de beoordeling of er informatie werd weggelaten, rekening gehouden met deze beperkingen, alsook met maatregelen die de onderneming genomen heeft om de informatie langs andere wegen ter beschikking te stellen van de consument.³³³⁹

1260. *Doorslaggevend karakter* – Opnieuw dient de weglating van de informatie in ieder geval een (potentiële) invloed te hebben op het economische gedrag van de gemiddelde consument. Niet iedere misleidende omissie maakt derhalve een oneerlijke handelspraktijk uit.³³⁴⁰

1261. *Uitnodiging tot aankoop* – Voor het geval van een uitnodiging tot aankoop heeft de wetgever wel zelf bepaald welke gegevens essentieel zijn. Een uitnodiging tot aankoop is “*een commerciële boodschap die de kenmerken en de prijs van het product op een aan het gebruikte medium aangepaste wijze vermeldt en de consument aldus in staat stelt een aankoop te doen.*”³³⁴¹ O.m. de volgende informatie wordt bij een uitnodiging tot aankoop als essentieel beschouwd, voor zover nog niet uit de context zou blijken: de voornaamste kenmerken van het product, in de mate waarin zulks gezien het aangewende communicatiemiddel en het betrokken product passend is, alsook de prijs, of als die redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend.³³⁴²

4. Algemene norm inzake agressieve handelspraktijken

1262. *Definitie* – Overeenkomstig artikel 92 WMC (oud art. 94/9 WHPC) is een agressieve handelspraktijk “*een handelspraktijk jegens consumenten die, in haar feitelijke context, al haar kenmerken en omstandigheden in aanmerking genomen, door intimidatie, dwang, inclusief het gebruik van lichamelijk geweld, of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument met betrekking tot het product aanzienlijk beperkt of kan beperken, waardoor hij ertoe wordt gebracht of kan worden gebracht over een transactie een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen.*”³³⁴³ Onder ongepaste beïnvloeding wordt begrepen “*het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt.*”³³⁴⁴

Opdat een handelspraktijk als agressief kan worden beschouwd, is derhalve vereist dat er (i) intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding gebruikt wordt, (ii) de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de gemiddelde consument aanzienlijk wordt beperkt of kan worden beperkt en (iii) hij ertoe gebracht wordt of kan worden gebracht een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. Dat de keuzevrijheid van de (gemiddelde) consument daadwerkelijk wordt beperkt door de handelspraktijk of dat de handelspraktijk de (gemiddelde) consument er daadwerkelijk toe

³³³⁹ Art. 90, §3 (oud art. 94/7, § 3 WHPC) en art. 7, lid 3 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 68.

³³⁴⁰ E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 67.

³³⁴¹ Art. 2, 33° WMC (oud art. 93, 9° WHPC) en art. 2, i) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³⁴² Art. 90, §4 WMC (oud art. 94/7, §4 WHPC) en art. 7, lid 4 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken. Zie ook E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 68-69.

³³⁴³ Zie ook art. 8 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³⁴⁴ Art. 2, 34° WMC (oud art. 93, 10° WHPC) en art. 2, j) Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

brengt een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen, moet niet bewezen worden. Het volstaat om aan te tonen dat daar een mogelijkheid toe was.³³⁴⁵

1263. *Gebruik van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding* – In artikel 93 WMC (oud art. 94/10 WHPC) wordt verduidelijkt wanneer er sprake is van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Meer bepaald worden enkele omstandigheden opgesomd waarmee rekening moet worden gehouden om uit te maken of bij een handelspraktijk gebruik wordt gemaakt van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Het betreft (i) het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de handelspraktijk, (ii) het gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen, (iii) het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of omstandigheden, die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden, (iv) door de onderneming opgelegde kosten met zich meebrengende of bovenmatige niet-contractuele belemmeringen ten aanzien van rechten die de consument uit hoofde van het contract wil uitoefenen, waaronder het recht om het contract te beëindigen of een ander product of een andere onderneming te kiezen en (v) het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen. In de Memorie van Toelichting werd aangegeven dat de ongepaste beïnvloeding een subjectief begrip betreft.³³⁴⁶ De begrippen intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding zullen in ieder geval verder ingekleurd moeten worden aan de hand van rechtspraak.³³⁴⁷

1264. *Doorslaggevend karakter* – Er moet niet aangetoond worden dat de keuzevrijheid van de (gemiddelde) consument daadwerkelijk beperkt wordt of dat de handelspraktijk de (gemiddelde) consument er daadwerkelijk toe brengt een besluit te nemen dat hij anders niet had genomen. Het volstaat te bewijzen dat daar een mogelijkheid toe bestond.³³⁴⁸

5. Zwarte lijst van misleidende en agressieve handelspraktijken

1265. *Twee limitatieve lijsten* – In het Belgische recht zijn twee limitatieve lijsten opgenomen met 23 misleidende en 8 agressieve handelspraktijken die onder alle omstandigheden verboden zijn.³³⁴⁹ Die praktijken worden op onweerlegbare wijze vermoed agressief of misleidend te zijn.³³⁵⁰ Bij de zwarte lijst van verboden handelspraktijken bestaat een spanningsverhouding tussen de noodzaak van grote precisie, enerzijds, en, een voldoende graad van abstractie, anderzijds.³³⁵¹

³³⁴⁵ L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 391; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 393; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 79.

³³⁴⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 16. Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 138.

³³⁴⁷ In dezelfde zin, B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KUL, 2009-2010, 323.

³³⁴⁸ R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2007, 84.

³³⁴⁹ J. STUYCK, “Agressieve handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (87) 89.

³³⁵⁰ R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 53.

³³⁵¹ J. STUYCK, “Agressieve handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (87) 88.

1266. *Voorbeeldfunctie* – De twee lijsten met de handelspraktijken die onder alle omstandigheden verboden zijn, vervullen ook een voorbeeldfunctie. De praktijken die opgesomd staan in de zwarte lijsten kunnen de rechter als voorbeeld dienen bij de beoordeling van het misleidende of agressieve karakter volgens de algemene normen van artikelen 88, 89, 90 en 92 WMC (oud art. 94/6, 94/7 en 94/9 WHPC) alsook bij de beoordeling van het oneerlijke karakter op basis van de algemene norm van artikel 84 WMC (oud art. 94/5 WHPC).³³⁵²

1267. *Misleidende handelspraktijken* – De *per se* verboden misleidende handelspraktijken zijn neergelegd in artikel 91 WMC (oud art. 94/8 WHPC).³³⁵³ De Europese wetgever verzamelde er de praktijken die reeds vóór de Richtlijn Oneerlijke Bedingen verboden waren in de lidstaten, waardoor de lijst een politiek compromis reflecteert.³³⁵⁴ Zo moeten o.m. steeds als misleidend worden beschouwd (i) een vertrouwens-, kwaliteits-, of ander soortgelijk label aanbrengen zonder daarvoor de vereiste toestemming te hebben verkregen, (ii) beweren dat een onderneming, of haar handelspraktijken, of een product door een openbare of particuliere instelling is aanbevolen, erkend, goedgekeurd of toegelaten terwijl zulks niet het geval is, of iets dergelijks bewezen zonder dat aan de voorwaarde voor de aanbeveling, erkenning, goedkeuring of toelating wordt voldaan, (iii) producten tegen een genoemde prijs te koop aanbieden zonder dat de onderneming aangeeft dat er een gegrond vermoeden bestaat dat zij deze producten of gelijkwaardige producten niet tegen die prijs kan leveren of door een andere onderneming kan doen leveren gedurende een periode en in hoeveelheden die, rekening houdend met het product, de omvang van de voor het product gevoerde reclame en de aangeboden prijs, redelijk zijn.³³⁵⁵

We vestigen ook de aandacht op artikel 91, 18° WMC (oud art. 94/8, 17° WHPC), dat sowieso als een misleidende handelspraktijk beschouwt “*feitelijk onjuiste informatie verstrekken over marktomstandigheden of de mogelijkheid het product te bemachtigen met de bedoeling de consument het product te doen aanschaffen tegen voorwaarden die minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden*”. Er wordt vereist dat de onderneming door het verstrekken van onjuiste informatie de bedoeling heeft om de consument te laten contracteren tegen minder gunstige voorwaarden. Of de consument daadwerkelijk moet bewijzen dat de onjuiste informatie tot doel had hem ertoe te brengen te contracteren tegen minder gunstige voorwaarden, is onduidelijk. STEENNOT pleit voor objectivering: er moet worden nagegaan of de onjuiste informatie van die aard is dat een normale onderneming weet of moet weten dat zij de consument ertoe kan brengen onder minder gunstige voorwaarden te contracteren.³³⁵⁶

1268. *Agressieve handelspraktijken* – Voor een gedetailleerde bespreking van de zwarte lijst van agressieve handelspraktijken, neergelegd in artikel 94 WMC (oud art. 94/11 WHPC) wordt verwezen

³³⁵² In dezelfde zin, Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 27.

³³⁵³ Voor een uitgebreide bespreking, zie B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 340 e.v.

³³⁵⁴ E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 71.

³³⁵⁵ Zie uitgebreider bij L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 392-396; I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, 2008, 70-75; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 356 e.v.; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 54 e.v.; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 71-81.

³³⁵⁶ R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 365-366.

naar andere bijdragen.³³⁵⁷ STUYCK vraagt zich in ieder geval af of een zwarte lijst van verboden agressieve handelspraktijken zinvol is. Het agressieve karakter van een handelspraktijk blijkt immers juist uit de omstandigheden, zoals de relatieve kwetsbaarheid van de consument, zijn uitwijkmogelijkheden, de voorinformatie die hij heeft, en dergelijke meer.³³⁵⁸

D. Verhouding ten aanzien van het gemeen contractenrecht

1269. *Algemeen principe: verbintenissenrecht buiten beschouwing gelaten* – De regeling inzake oneerlijke handelspraktijken laat het verbintenissenrecht, en in het bijzonder de regels aangaande de geldigheid, de opstelling en de rechtsgevolgen van contracten, onverlet. Dat wordt als algemeen principe vooropgesteld in de Richtlijn.³³⁵⁹

1270. *Band tussen oneerlijke handelspraktijken en gemeen contractenrecht* – Er kan echter niet ontkend worden dat de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken implicaties heeft voor het contractuele luik.³³⁶⁰ Een *commerciële transactie* kan immers geassimileerd worden met een contract.³³⁶¹ Oneerlijke handelspraktijken zijn handelspraktijken vóór, gedurende en na een *commerciële transactie*. Handelspraktijken vallen onder het toepassingsgebied van de algemene normen, indien ze de (gemiddelde) consument beïnvloeden of kunnen beïnvloeden bij het nemen van een besluit over een *transactie*.³³⁶² De geviseerde handelingen houden in de praktijk dan ook vaak verband met een contract, *ofwel* in de precontractuele fase inzake de beslissing om al dan niet een contract aan te gaan en onder welke voorwaarden, *ofwel* in de uitvoeringsfase, waar het kan gaan om een eenzijdige rechtshandeling binnen dit ruime contractuele kader. Het aanknopingspunt vormt de beïnvloeding van de beslissing in hoofde van de consument.³³⁶³

In het kader van de oneerlijke handelspraktijken is het weinig relevant of een consument al dan niet een contract heeft gesloten ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk. De regeling voorziet niet in remedies ter herstel van de schade. Daartoe moet een beroep worden gedaan op de gemeenrechtelijke instrumenten, waar de rechter er (bv. bij de beoordeling van de geldigheid van een overeenkomst) rekening mee zal houden dat het contract voorafgegaan is door een oneerlijke

³³⁵⁷ Zie L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 397-398; I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, 2008, 76-78; B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 340 e.v.; R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 369-370; R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 62 e.v.; J. STUYCK, “Agressieve handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (87) 94 e.v.

³³⁵⁸ J. STUYCK, “Agressieve handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (87) 88.

³³⁵⁹ Art. 3, lid 2 Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken.

³³⁶⁰ J. STUYCK, E. TERRYEN en T. VAN DYCK, “Confidence through fairness? The new directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, (107) 142; J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 912.

³³⁶¹ In gelijkaardige zin, B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 223-224.

³³⁶² J. STUYCK, “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, (901) 912.

³³⁶³ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 24.

handelspraktijk.³³⁶⁴ Ook al grijpt de regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken niet rechtstreeks in op het algemene verbintenissenrecht, toch blijft het verbintenissenrecht als *lex generalis* wel aan de orde bij alle contracten die onder het toepassingsgebied van de regeling vallen.³³⁶⁵

1271. *Band tussen oneerlijke handelspraktijken en de wilsgebreken* – De band met de wilsgebreken ligt voor de hand. De Europese wetgever meent dat oneerlijke handelspraktijken de consument verhinderen om een geïnformeerde en dus efficiënte keuze te maken.³³⁶⁶ Misleidende en agressieve handelspraktijken hebben gemeen dat er een beïnvloeding van de beslissingsvrijheid van de consument voorligt of kan voorliggen, waardoor hij ertoe gebracht wordt of kan worden gebracht een besluit te nemen dat hij anders niet zou hebben genomen. De consument wordt geacht op doorslaggevende wijze beïnvloed te zijn geweest. De Europese wetgever legt een duidelijk verband tussen informatie en verstoring van de beslissing van de consument. Het informatieprobleem ligt aan de basis van de beslissing over een transactie die anders niet of niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn tot stand gekomen. Die koppeling is ook in het Belgische verbintenissenrecht merkbaar.³³⁶⁷

1272. *Interpretatie van het contract aan hand van handelspraktijken* – In dit verband moet ook gewezen worden op de nieuwe bepaling van artikel 40, §2, lid 2 WMC, waarin bepaald wordt dat “*een overeenkomst tussen een onderneming en een consument onder meer kan worden geïnterpreteerd aan de hand van de handelspraktijken die er rechtstreeks verband mee houden*”. Dit houdt in dat ook *oneerlijke* handelspraktijken mee in overweging kunnen worden genomen bij de interpretatie van het contract. Met deze bepaling wordt de band die er bestaat tussen de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken en het contractenrecht, benadrukt.

E. Afdwinging van oneerlijke handelspraktijken

1. Bewijslast

1273. *Algemeen principe* – De regeling inzake oneerlijke handelspraktijken omvat verbodsbepalingen. Het komt toe aan de consument om aan te tonen dat de onderneming die bepalingen heeft geschonden. Het voorliggen van een misleidende of een agressieve handelspraktijk is moeilijk te bewijzen door een individuele consument, die zich bijvoorbeeld wil beroepen op een civielrechtelijke sanctie. De bewijslevering zal voor een consumentenorganisatie in het kader van een vordering tot staking wel eenvoudiger zijn. Het bewijs kan immers geleverd worden met alle middelen van recht, waaronder vergelijkbare klachten van verschillende consumenten met betrekking tot eenzelfde onderneming.³³⁶⁸

³³⁶⁴ Zie *infra*, nrs. 1321 e.v.

³³⁶⁵ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 20.

³³⁶⁶ Toelichting bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende oneerlijke “business-to-consumer”-handelspraktijken op de interne markt en tot wijziging van de richtlijnen 84/450/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG (richtlijn oneerlijke handelspraktijken), COM (2003) 356 def., 4 (punt 16).

³³⁶⁷ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 35.

³³⁶⁸ R. STEENNOT, “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (43) 68.

1274. *Bewijslast inzake juistheid van gegevens* – Overeenkomstig artikel 103, §1 WMC (oud art. 94/13 WHPC) kan de Minister of de aangestelde ambtenaar aan een onderneming vragen dat zij de bewijzen levert betreffende de materiële juistheid van de feitelijke gegevens die zij meedeelt in het kader van een handelspraktijk.³³⁶⁹

2. Sanctionering

1275. *Algemeen* – Artikel 11 Richtlijn bepaalt dat de lidstaten zorgen voor de invoering van passende en doeltreffende middelen ter bestrijding van oneerlijke handelspraktijken. De Europese wetgever laat het bijgevolg grotendeels over aan de lidstaten om te bepalen hoe de afdwinging van de bepalingen inzake oneerlijke handelspraktijken dient te gebeuren.³³⁷⁰

a. Traditionele sancties

1276. *Vordering tot staking* – In geval van een inbreuk op een bepaling uit de WMC (oude WHPC) kan een vordering tot staking worden ingesteld overeenkomstig artikel 110 e.v. WMC en artikel 2 wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming³³⁷¹ (oud art. 95 e.v. WHPC). De mogelijkheid om een vordering tot staking in te stellen tegen een oneerlijke handelspraktijk komt toe aan een ruime categorie van gerechtigden: de belanghebbenden, de Minister of de directeur-generaal van de algemene directie Controle en Bemiddeling van de federale overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie, bepaalde beroeps- of interprofessionele verenigingen en bepaalde consumentenverenigingen.³³⁷² De vordering tot staking is een zeer efficiënt instrument dat evenwel zelden door de consument zelf wordt ingeroepen.³³⁷³ Er moet voor ogen worden gehouden dat deze vordering in het algemeen pas wordt ingesteld eens (een deel van) de schadelijke gevolgen van de inbreuk zich al gerealiseerd hebben, teneinde bijkomende toekomstige inbreuken te vermijden.³³⁷⁴

1277. *Straf- en administratiefrechtelijke sancties* – De omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken heeft er ook toe geleid dat de lijst van bepalingen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden zonder dat kwade trouw vereist is, aanzienlijk uitgebreid werd.³³⁷⁵ De bevoegde minister of ambtenaren kunnen ook een waarschuwing geven aan de overtreder waarbij gevraagd wordt om de inbreuk stop te zetten. Wordt daar geen gevolg aan gegeven, dan kan de vordering tot staking worden

³³⁶⁹ Deze bepaling vormt een omzetting van art. 12 Richtlijn Oneerlijke Handelpraktijken. Zie B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 403-404; E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 81; E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 29. Zie uitgebreid bij H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 130-131. Zie ook *supra*, nr. 1233.

³³⁷⁰ Zie E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 28.

³³⁷¹ BS 12 april 2010.

³³⁷² Art. 113 WMC (oud art. 98 WHPC).

³³⁷³ E. TERRY, “Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, (107) 111.

³³⁷⁴ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 42.

³³⁷⁵ Art. 124 WMC (oud art. 102 WHPC). Voor een kritische kijk op deze uitbreiding, zie E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 84-86; E. TERRY, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 28-29.

ingesteld, of kan een minnelijke geldboete worden voorgesteld of kan het dossier aan het parket worden overgemaakt.³³⁷⁶

b. Bijzondere burgerrechtelijke sanctie

1278. *Artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC)* – Eerder werd al gesteld dat de regeling inzake de oneerlijke handelspraktijken in beginsel het verbintenissenrecht onverlet laat. Om eventuele schade ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk vergoed te krijgen, zal de consument zich derhalve moeten beroepen op de gemeenrechtelijke sancties.³³⁷⁷ In de Belgische regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken werd evenwel een bijkomende burgerrechtelijke sanctie ter beschikking gesteld van de consument die ingevolge een oneerlijke handelspraktijk een overeenkomst sloot. Deze sanctie is neergelegd in artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC). Wanneer een overeenkomst gesloten werd ingevolge bepaalde oneerlijke handelspraktijken, dan kan de consument de terugbetaling van de betaalde bedragen eisen binnen een redelijke termijn vanaf het ogenblik dat hij kennis had of hoorde te hebben van het bestaan ervan, zonder teruggave van het reeds geleverde product.

Om de rechtszekerheid veilig te stellen, is deze sanctie enkel van toepassing op de meest verwerpelijke handelspraktijken uit de zwarte lijsten van misleidende en agressieve handelspraktijken.³³⁷⁸ Het betreft met name de handelspraktijken verboden in artikel 91, 12°, 16° en 17° WMC (oud art. 94/8, 12°, 15° en 16° WHPC) en artikel 94, 1°, 2° en 8° WMC (oud art. 94/11, 1°, 2° en 7° WHPC).³³⁷⁹ Wel zal de rechter op vraag van de consument diezelfde sanctie ook kunnen uitspreken bij een inbreuk op de overige oneerlijke handelspraktijken, met name de oneerlijke praktijken vastgesteld door de algemene normen alsook de verboden handelspraktijken uit de zwarte lijst die niet opgenomen worden in artikel 41, lid 1 WMC (oud art. 94/14, §2 lid 1 WHPC).³³⁸⁰

1279. *Ratio legis* – De sanctie is een initiatief van de Belgische wetgever en wordt niet opgelegd door de Europese wetgever. De Belgische wetgever had vooral een ontradend oogmerk voor ogen bij invoering van deze maatregel.³³⁸¹ De wetgever wil met deze sanctie, voor wat betreft de ergste oneerlijke handelspraktijken, in een concrete en snelle bescherming voorzien van de consument die het slachtoffer is van deze praktijk. De sanctie doelt op de contractuele gevolgen van dergelijke oneerlijke handelspraktijken. De loutere nietigverklaring van de overeenkomst, de aanpassing ervan of de herziening van de prijs vormen geen schadeloosstelling van de consument net zomin als een echte sanctie voor de onderneming. De mogelijkheid om het geleverde product te behouden heeft als doel het concrete en snelle herstel van de schade toe te laten die de consument als slachtoffer van een oneerlijke praktijk heeft geleden.³³⁸² Deze sanctie heeft tot voornaamste doel voor de consument te vermijden dat hij naar de rechtbank moet stappen om de vernietiging van het contract en de vergoeding van de geleden schade, te bekomen. Er mag niet uit het oog worden verloren dat de vordering tot staking uit de WMC (oude WHPC) de consument geen dergelijke vorm van herstel

³³⁷⁶ Art. 123 WMC (oud art. 101 WHPC).

³³⁷⁷ *Infra*, nrs. 1321 e.v.

³³⁷⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁷⁹ Art. 41, lid 1 WMC (oud art. 94/14, §2, lid 1 WHPC).

³³⁸⁰ Art. 41, lid 2 WMC (oud art. 94/14, §2, lid 2 WHPC).

³³⁸¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 38. Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 142. In het Nederlandse recht werd een voorstel voor een gelijkaardige wettelijke sanctie ingetrokken. Zie W.H. VAN BOOM, “Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken”, *TvC* 2008, (4) 11.

³³⁸² Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 37.

biedt.³³⁸³ De wetgever heeft voor die ergste oneerlijke handelspraktijken een vermoeden willen creëren dat de wil van de consument gebrekkig gevormd werd³³⁸⁴: “*Het onderzoek van de lijst en van de criteria van de richtlijn laat toe te bevestigen dat, wanneer een contract is afgesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, de instemming van de consument inderdaad gebrekkig is, daar de inlichtingen die hij nodig had om zijn beslissing te nemen ofwel hem niet waren meegedeeld ofwel waren vervalst om hem aan te zetten het contract af te sluiten.*”³³⁸⁵

1280. *Twee voorwaarden* – Voor de toepassing van deze burgerrechtelijke sanctie worden twee voorwaarden vooropgesteld: (i) een oorzakelijk verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting en (ii) het vereiste van de redelijke termijn.³³⁸⁶

1281. *Oorzakelijk verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting* – De overeenkomst moet gesloten zijn ingevolge de oneerlijke handelspraktijk. De Memorie van Toelichting vermeldt in dat verband dat “*de consument (...) voorafgaandelijk het slachtoffer [moet] zijn geweest van een oneerlijke praktijk die hem er heeft toe gebracht het contact af te sluiten*”. Derhalve zal het voor de consument niet mogelijk zijn om zijn contractuele verplichtingen niet na te leven, met als enige doel te genieten van de sanctie.³³⁸⁷ De consument moet aantonen dat zijn besluit over de transactie werd ingegeven door de oneerlijke handelspraktijk. Sommige auteurs pleiten evenwel voor de inlassing van een weerlegbaar vermoeden. Wanneer de handelspraktijk de contractsluiting vooraf gaat, zou het oorzakelijk verband vermoed worden. De onderneming zou daarvan evenwel het tegenbewijs kunnen leveren.³³⁸⁸

Het vereiste van het oorzakelijk verband werd door de bevoegde minister evenwel streng geïnterpreteerd. Enkel indien de overeenkomst zonder de oneerlijke handelspraktijk nooit zou zijn gesloten, kan de sanctie worden toegepast.³³⁸⁹ TERRYNN meent dat die strenge interpretatie het best overeenkomt met de bedoeling van de wetgever, namelijk een soort nietigheidssanctie (weliswaar zonder restitutieplichten) creëren omwille van een vermoed wilsgebrek. Ook de nietigheid ingevolge dwaling, bedrog en geweld wordt immers slechts uitgesproken, indien de overeenkomst zonder het wilsgebrek niet zou zijn tot stand gekomen.³³⁹⁰

³³⁸³ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁸⁴ B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KUL, 2009-2010, 418; E. TERRYNN, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYNN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 83-84; E. TERRYNN, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 30. Zie ook I. FERRANT, *Les pratiques du commerce*, 2008, 81.

³³⁸⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁸⁶ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁸⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁸⁸ A. DE BOECK, “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, 2008, (19) 39. Zie ook R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 394-395; STEENNOT, *Handboek consumentenbescherming en handelspraktijken*, 2007, 87-88.

³³⁸⁹ Verslag namens de Commissie voor het bedrijfsleven, *Parl. St. Kamer* 2006-2007, 2983/004, 9. Zie E. TERRYNN, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYNN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 83.

³³⁹⁰ E. TERRYNN, “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter”, *TvC* 2008, (25) 30. Zie in diezelfde zin, A. DE BOECK, “Nieuwe consumentenbescherming en reclameregels voor onroerend goed-transacties in de gewijzigde wet handelspraktijken”, *TVV* 2007, (1000) 1008. Zie ook H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYNN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 140.

1282. *Het vereiste van de redelijke termijn* – De consument kan zich niet eender wanneer op het voordeel van deze sanctie beroepen. De consument kan de sanctie enkel invoeren binnen een redelijke termijn vanaf het ogenblik dat hij kennis heeft gekregen van de oneerlijke handelspraktijk of er kennis van had moeten hebben.³³⁹¹

1283. *Rol van de rechter* – De sanctie wordt slechts toegepast voor de meest ernstige inbreuken. In dat geval heeft de rechter geen appreciatiebevoegdheid, behoudens aangaande het redelijke karakter van de termijn.³³⁹² Bij de overige oneerlijke handelspraktijken, waaronder de inbreuken op de algemene normen, heeft de rechter de facultatieve mogelijkheid om de terugbetaling van de betaalde sommen te bevelen, zonder teruggave van het geleverde product. In dat geval beschikt de rechter wel over een grote beoordelingsvrijheid. Hij zal *in concreto* oordelen of de sanctie gepast is. Hierbij kan de rechter o.m. rekening houden met de ernst van de inbreuk, de mate waarin de beslissing van de consument erdoor werd beïnvloed, de financiële gevolgen van de beslissing voor de consument en het proportionele karakter van de inbreuk.³³⁹³

De stakingsrechter kan de terugbetaling van de prijs niet bevelen. Hij kan enkel een inbreuk vaststellen en de staking ervan bevelen. De terugbetaling moet gevorderd worden voor een grondrechter. Indien een stakingsbevel werd uitgesproken, dan zou de consument dat bevel wel kunnen aanvoeren als bewijs van een inbreuk op de regels inzake oneerlijke handelspraktijken. Wel moet voor ogen worden gehouden dat ook sprake kan zijn van een misleidende of agressieve handelspraktijk, indien deze praktijk de (gemiddelde) consument *kan* misleiden of zijn beslissingsvrijheid *kan* beperken. In dat geval volstaat het stakingsbevel niet als bewijs van de daadwerkelijke beïnvloeding van het economische gedrag van de consument. Ter ondersteuning van de vordering tot terugbetaling van de prijs zal de consument moeten aantonen dat de praktijk een daadwerkelijke weerslag heeft gehad op zijn beslissing omtrent een transactie, meer bepaald dat hij de overeenkomst niet gesloten zou hebben indien de oneerlijke praktijk niet gesteld zou zijn.³³⁹⁴

1284. *Evaluatie van de sanctie* – Het betreft zonder twijfel een verregaande burgerrechtelijke sanctie, die zelfs verder reikt dan de nietigheidssanctie.³³⁹⁵ De sanctie vertoont in dat opzicht

³³⁹¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38.

³³⁹² L. DE BROUWER en G. SORREAU, "La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée", *TBH* 2008, (371) 399 ; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2008, 88.

³³⁹³ H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 141-142; R. STEENNOT, "Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007", *TPR* 2009, (229) 395. De Memorie van Toelichting voorziet ook in richtlijnen voor de situatie waarin een overeenkomst werd gesloten voor diensten van lange duur of gespreid in de tijd. De consument kan dan enkel de terugbetaling vragen voor de dienst die gepresteerd werd tussen het ogenblik van het afsluiten van de overeenkomst en haar 'ontbinding' (Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 38; E. TERRY, "Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 83). De consument heeft geen recht op verdere prestaties waarin de overeenkomst voorzorg zonder daarvoor te moeten betalen. Opteert hij voor verderzetting van de overeenkomst tegen betaling, dan kan men zich afvragen of de handelspraktijk inderdaad van die aard was dat zij hem heeft beperkt in zijn beslissingsvermogen over de transactie (zie H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 141).

³³⁹⁴ H. DE BAUW, "De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 142.

³³⁹⁵ Zie L. COX en C. GHEUR, "La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français", *JTDE* 2008, (197) 202. Tijdens de voorbereidende werken werd een amendement ingediend met het oog op de wijziging van de burgerrechtelijke sanctie omwille van diens vermeende buitensporige karakter: "Door de consument toe te laten de terugbetaling van de gestorte bedragen te eisen, terwijl hij het geleverde product of de geleverde dienst mag houden, krijgt hij de mogelijkheid om een schadevergoeding te genieten die de geleden schade overtreft". Het

gelijkenissen met de beperking van de restitutieplichten bij toepassing van de adagia *In pari causa* en *Nemo auditur* bij de nietigheidssanctie. Opvallend is dat er geen vereiste is van geleden schade in hoofde van de consument.³³⁹⁶ Evenmin wordt enig intentioneel element vereist. Sommige auteurs wijzen zelfs op een mogelijk misbruik in hoofde van de consument.³³⁹⁷ In elk geval lijken de toepassingsvoorwaarden onvoldoende duidelijk omschreven, wat mogelijk snel tot interpretatiemoeilijkheden zal leiden.³³⁹⁸ Er wordt wel verwacht dat deze sanctie het aantal rechtszaken, ingespannen door de consument wegens een inbreuk op de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken, gevoelig zal doen stijgen.³³⁹⁹

§2. Misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument met een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties tot gevolg: kwalificatie als oneerlijke handelspraktijk

1285. *Doelstelling* – We zullen aantonen dat het misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument door de onderneming gekwalificeerd kan worden als een oneerlijke handelspraktijk. Daartoe overlopen we de verschillende bestanddelen van onze probleemstelling, met name (i) het misbruik van de inferieure contractuele positie, (ii) het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en (iii) het oorzakelijk verband tussen beiden.³⁴⁰⁰

A. Misbruik van een inferieure contractuele positie van de consument

1. Misbruik in hoofde van de professionele partij als handelspraktijk

1286. *Gedrag van de onderneming in ruime zin* – Het begrip *handelspraktijk* is ruimer dan de term zelf laat vermoeden. Iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie in hoofde van een onderneming kan als een handelspraktijk gekwalificeerd worden. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen reclame of marketing en andere soorten handelingen, benaderingswijzen, verklaringen of weglatingen die de onderneming aanwendt om haar gesprekspartner te overtuigen.³⁴⁰¹ Het gedrag van de onderneming in de ruime zin wordt geviseerd.³⁴⁰² Evenmin wordt vereist dat het een handeling of gedraging betreft die door de onderneming meermaals of ten aanzien van meerdere consumenten werd gesteld. Ook eenmalige handelingen of gedragingen kunnen als een handelspraktijk worden gekwalificeerd.

Het misbruik dat de onderneming maakt van een inferieure positie van de consument, kan vele vormen aannemen. Het kan gaan om een actieve daad of handeling, maar even vaak vindt het misbruik op subtiele wijze plaats doordat de onderneming inspeelt op een ondergeschikte situatie waarin de consument zich bevindt. Doordat het begrip *handelspraktijk* dermate ruim omschreven wordt, kan het

wetsontwerp beoogde daarom de schrapping van de zinsnede “zonder teruggave van het reeds geleverde product of de verleende dienst”. Zie amendement nr. 1, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/002, 1.

³³⁹⁶ L. DE BROUWER en G. SORREAU, “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, (371) 399.

³³⁹⁷ L. COX en C. GHEUR, “La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français”, *JTDE* 2008, (197) 202.

³³⁹⁸ E. TERRY, “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (51) 83.

³³⁹⁹ E. TERRY, “Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, (107) 111.

³⁴⁰⁰ *Supra*, nrs. 1167-1168.

³⁴⁰¹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 4 en 14. In diezelfde zin, zie ook A. DE BOECK, “Nieuwe consumentenbescherming en reclameregels voor onroerend goed-transacties in de gewijzigde wet handelspraktijken”, *TVV* 2007, (1000) 1003. Zie ook *supra*, nr. 1244.

³⁴⁰² H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 107.

geen twijfel lijden dat de vele wijzen waarop het misbruik in hoofde van de onderneming zich manifesteert, als een handelspraktijk kunnen worden gekwalificeerd.

1287. *Rechtstreeks verband houden met verkoopbevordering, verkoop of levering* – Om als handelspraktijk te kunnen worden gekwalificeerd, wordt vereist dat de gedraging van de onderneming “*rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product*”. De verkoopbevordering, verkoop of levering van een product zelf wordt niet gevisieerd door de regeling. Enkel het gedrag van de onderneming dat rechtstreeks verband houdt met een contractuele verhouding of een potentiële toekomstige verhouding, wordt in aanmerking genomen. Die doelstelling wordt verduidelijkt in artikel 83 WMC (oud art. 94/4 WHPC), waarin gesteld wordt dat het wettelijke kader van toepassing is op oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen ten aanzien van consumenten *vóór, gedurende en na* de tekoopaanbieding en de verkoop van een product.

Onze probleemstelling situeert zich in de precontractuele fase. We bestuderen de situatie waar een onderneming bij de contractsluiting misbruik maakt van een inferieure contractuele positie van de consument, wat leidt tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Dat misbruik in hoofde van de onderneming houdt in onze probleemstelling duidelijk rechtstreeks verband met de verkoopbevordering, de verkoop of levering van een product.

2. De inferieure positie van de consument als voorwerp van het misbruik

1288. *Misbruik van inferieure contractuele positie van de consument* – In het kader van onze probleemstelling gaat het om een misbruik van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument. Er werd reeds aangetoond dat het postulaat van de consument als zwakke contractpartij als uitgangspunt verworpen wordt. De inferieure positie van de consument wordt derhalve niet vermoed enkel en alleen omwille van zijn hoedanigheid van consument. De consument zal daarentegen moeten aantonen dat concrete omstandigheden voorliggen ten gevolge waarvan hij zich in een ondergeschikte contractuele positie bevindt ten aanzien van de professionele partij. Die omstandigheden kunnen zich o.m. vertalen in de nood aan een bepaald product, een kennisoverwicht in hoofde van de professionele partij, de complexiteit van het contract, een bepaalde verkoopmethode, ...³⁴⁰³

1289. *Consumentenbeeld bij oneerlijke handelspraktijken* – Bij de beoordeling van oneerlijke handelspraktijken dient te worden uitgegaan van de *gemiddelde* consument, waarmee aansluiting werd gezocht bij de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het beeld vooropstelt van de *gemiddelde, geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument*. De toetsing die de rechter in het kader van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken doorvoert, is derhalve een abstracte toetsing. Zo wordt onderzocht (i) of de handelspraktijk het economische gedrag van *de gemiddelde consument* wezenlijk verstoort of kan verstoren, (ii) of de handelspraktijk de *gemiddelde* consument bedriegt of kan bedriegen en (iii) of de handelspraktijk door intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding, de keuzevrijheid of vrijheid van handelen van de *gemiddelde* consument aanzienlijk beperkt of kan beperken.

1290. *Verenigbaarheid van het misbruik van de inferieure positie van de consument met het beeld van de gemiddelde consument* – Bij de inpassing van het misbruik van de inferieure positie van de consument rijst de vraag of het vereiste van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument wel verenigbaar is met het consumentenbeeld dat inzake oneerlijke handelspraktijken

³⁴⁰³ *Supra*, nr. 1206 e.v.

gehanteerd wordt. Op het eerste gezicht lijkt dat misschien niet het geval te zijn. Enerzijds zou moeten worden uitgegaan van een *inferieure* contractuele positie van de consument ten aanzien van de onderneming, terwijl anderzijds de gemiddelde, geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument wordt vooropgesteld.

Deze eerste indruk moet evenwel genuanceerd worden. De (abstracte) toetsing van een handelspraktijk aan de open normen (d.i. de algemene norm van oneerlijke handelspraktijken en de bijzondere normen van misleidende en agressieve handelspraktijken) gebeurt immers *in concreto*, rekening houdend met de concrete omstandigheden waarin de handelspraktijk gesteld werd.³⁴⁰⁴ Bij de toetsing van de handelspraktijk aan één van de open normen onderzoekt de rechter de (potentiële) beïnvloeding van het economische beslissingsgedrag van de *gemiddelde consument*, rekening houdend met alle *concrete* omstandigheden van het geval.³⁴⁰⁵ De *gemiddelde consument* wordt als het ware in de concrete omstandigheden van het geval geplaatst, waarna beoordeeld wordt of het economische beslissingsgedrag van die gemiddelde consument beïnvloed wordt of kan worden. Daarbij zal ook rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden die ertoe leiden tot de consument zich in een ondergeschikte contractuele positie bevindt ten aanzien van de onderneming. Alleen zal de mogelijke beïnvloeding van het beslissingsgedrag door de handelspraktijk niet vanuit zijn oogpunt onderzocht worden, maar wel vanuit dat van de gemiddelde consument.

1291. *Intrinsieke kenmerken* – Dat brengt met zich mee dat de intrinsieke kenmerken van de betrokken consument (bv. beperkte intellectuele capaciteiten) door de objectivering bij de beoordeling van de oneerlijke handelspraktijk vanuit het oogpunt van de gemiddelde consument, in beginsel buiten beschouwing worden gelaten. Dat stemt trouwens overeen met de beperkte concretisering in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.³⁴⁰⁶ Een uitzondering is echter voorzien voor enkele groepen van kwetsbare consumenten.³⁴⁰⁷

3. Concrete invulling van het misbruik van de inferieure contractuele positie

1292. *Brede invulling* – Doordat het misbruik vele vormen kan aannemen, zou het misbruik van een inferieure contractuele positie van de consument door de onderneming in beginsel ook gecatalogeerd kunnen worden onder de drie algemene normen van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. We hebben reeds aangegeven dat het misbruik op subtiele wijze kan plaatsvinden door het inspelen van de onderneming op de ondergeschikte positie van de consument. De notie *ongepaste beïnvloeding* uit het wettelijke kader van de oneerlijke handelspraktijken sluit daar het beste bij aan.

1293. *Misbruik van inferieure positie door misleiding* – De onderneming kan misbruik maken van een ondergeschikte contractuele positie van de consument door hem te misleiden omtrent de voornaamste kenmerken van het product, de noodzaak van een product, een vervanging of herstel, ... Betreft het een product dat de consument slechts sporadisch nodig heeft of gaat het om een (technisch) complex product, dan heeft de onderneming zonder twijfel een belangrijk kennisvoordeel ten aanzien van de consument. De onderneming kan die ondergeschikte contractuele positie van de consument benutten om hem te misleiden, bijvoorbeeld door de algemene voorstelling van zaken, door een

³⁴⁰⁴ Bij de toetsing van een handelspraktijk aan de zwarte lijsten spelen de concrete omstandigheden een minder grote rol. De handelspraktijken die vermeld staan op die zwarte lijsten, worden immers *onder alle omstandigheden* als misleidend of agressief beschouwd. Zie *supra*, nrs. 1246 en 1265.

³⁴⁰⁵ Zie *supra*, nrs. 1248-1249.

³⁴⁰⁶ *Supra*, nr. 653.

³⁴⁰⁷ Art. 84, lid 2 WMC (oud art. 94/5, §2, lid 2 WHPC). Zie *supra*, nr. 1250.

bedrieglijke voorstelling inzake één van voormelde elementen, door de weglating van essentiële informatie, ... Het misbruik kan derhalve de vorm aannemen van een misleidende handelspraktijk, die de consument bedriegt of kan bedriegen aangaande een belangrijk contractueel element.

1294. *Misbruik van inferieure positie door intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding* – Ook kan het misbruik van een inferieure contractuele positie van de consument de vorm aannemen van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Intimidatie en dwang (inclusief lichamelijk geweld) lijken voor zich te spreken. De consument kan zich bijvoorbeeld in een ondergeschikte contractuele positie bevinden door het vertrouwen dat hij stelt in een deskundige professionele partij. Daarvan kan de onderneming misbruik maken door dwang uit te oefenen of de consument te intimideren.

Het misbruik van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument sluit evenwel het beste aan bij de notie *ongepaste beïnvloeding*, d.i. “het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt”. Dit houdt in dat er een *machtspositie* voorligt in hoofde van de onderneming, of anders gesteld, dat de consument zich in een ondergeschikte contractuele positie bevindt. Deze omstandigheden zullen uiteraard ook bewezen moeten worden door de consument die de ongepaste beïnvloeding inroept. Om te bepalen of er sprake is van ongepaste beïnvloeding wordt o.m. rekening gehouden met “het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, met het oogmerk het besluit van de consument met betrekking tot het product te beïnvloeden”.³⁴⁰⁸ Dit vormt een verbijzondering van de definitie van ongepaste beïnvloeding. Er wordt verduidelijkt dat de machtspositie van de onderneming veroorzaakt wordt door *bepaalde tegenslagen of omstandigheden*. Onmiddellijk wordt duidelijk dat intrinsieke kenmerken van de consument die hem in een ondergeschikte positie plaatsen, hier niet aan de orde zijn. Dat ligt in de lijn der verwachtingen, aangezien de gemiddelde consument ook hier als referentie geldt. De stelling dat de notie *ongepaste beïnvloeding* subjectief zou zijn³⁴⁰⁹, lijkt ons dan ook niet correct. Wel toont het begrip *ongepaste beïnvloeding* aan dat de toetsing *in concreto* plaats vindt, rekening houdend met alle specifieke omstandigheden van het betrokken geval.

1295. *Misbruik van inferieure positie als oneerlijke handelspraktijk* – Indien een handelspraktijk niet als misleidend of agressief kan worden gekwalificeerd, kan ze nog steeds als oneerlijk worden beschouwd, o.m. doordat de praktijk in strijd is met de vereisten van professionele toewijding. Dat het misbruik van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument in theorie als een oneerlijke handelspraktijk kan worden beschouwd, is uiteraard correct. Door de ruime open normen van de misleidende en agressieve handelspraktijken, en in het bijzonder doordat de term *ongepaste beïnvloeding* zo nauw aansluit bij het misbruik van een inferieure contractuele positie, zal in de praktijk nauwelijks een beroep moet worden gedaan op de algemene norm van oneerlijke handelspraktijken om het misbruik aan te pakken. Op onrechtstreekse wijze lijkt deze algemene norm wel een rol te kunnen spelen. Om een handelspraktijk als oneerlijk te kwalificeren, wordt immers vereist dat de gedraging in strijd is met de vereisten van professionele toewijding. Bij een misleidende of agressieve handelspraktijk dient dit niet te worden aangetoond. De strijdigheid met de vereisten van professionele toewijding wordt er vermoed. Wel kan dit vereiste door de rechter in rekening worden

³⁴⁰⁸ Art. 93, 3° WMC (oud art. 94/10, 3° WHPC).

³⁴⁰⁹ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 2983/001, 16. Zie *supra*, nr. 1263.

gebracht o.m. bij de beoordeling of er sprake is van *het uitbuiten* van een machtspositie in geval van ongepaste beïnvloeding.

4. Effect van het misbruik of de handelspraktijk op de consument

1296. *(Potentiële) gebrekkige wil* – Eerder werd reeds aangetoond dat de vrije economische zelfbeschikking van de consument aangetast wordt door het misbruik dat de professionele partij maakt van de ondergeschikte contractuele positie waarin de consument zich in een concrete situatie kan bevinden. Deze aantasting van de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument vereist een compenserend ingrijpen, aangezien de wil van de consument door het misbruik gebrekkig is.³⁴¹⁰

Binnen het kader van de oneerlijke handelspraktijken wordt echter niet vereist dat de wil van de consument gebrekkig is. Een misleidende handelspraktijk moet de (gemiddelde) consument bedriegen of kunnen bedriegen aangaande bepaalde essentiële contractuele elementen. Een agressieve handelspraktijk moet de keuzevrijheid of de vrijheid van handelen van de (gemiddelde) consument aannemelijk beperken of kunnen beperken. Een oneerlijke handelspraktijk moet het economische gedrag van de (gemiddelde) consument wezenlijk verstoren of kunnen verstoren. De aanwezigheid van een misleidende of agressieve gedraging of een gedraging in strijd met de vereisten van professionele toewijding, in combinatie met een potentiële beïnvloeding van het besluit in hoofde van de consument, is reeds voldoende om de handelspraktijk te verbieden.

1297. *Concrete beoordeling van (potentiële) beïnvloeding van het economische gedrag van de consument* – De (potentiële) beïnvloeding van het economische gedrag van de (gemiddelde) consument leidt ertoe dat de (gemiddelde) consument ertoe gebracht wordt (of kan worden gebracht) een besluit te nemen over een transactie dat hij anders niet zou hebben genomen.³⁴¹¹ Anders gesteld, de praktijk moet voldoende zwaarwichtig zijn om een mogelijke invloed uit te oefenen op de beslissingsvrijheid van de consument. Een besluit nemen over een transactie wordt ruim omschreven. Het omvat niet enkel het besluit over de vraag of de (gemiddelde) consument een product koopt, geheel of gedeeltelijk betaalt, behoudt of van de hand doet, of een contractueel recht uitoefent in verband met het product, maar ook de vraag hoe en op welke voorwaarden hij dat doet. Er wordt niet vereist dat de (gemiddelde) consument tot handelen (of contracteren) overgaat.³⁴¹²

B. Onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en het oorzakelijk verband met het misbruik

1298. *Geen uitdrukkelijk schadevereiste* – Het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken heeft in beginsel geen oog voor de schade die ten gevolge van de oneerlijke handelspraktijk ontstaat in hoofde van de consument. De louter potentiële beïnvloeding van de beslissingsvrijheid van de (gemiddelde) consument volstaat reeds om de oneerlijke handelspraktijk te verbieden. De regeling inzake oneerlijke handelspraktijken voorziet dan ook niet in een geschikt middel ter herstel van de schade die de consument oploopt door de oneerlijke handelspraktijk.³⁴¹³ De invoeging van een schadevereiste werd op Europees niveau aangevoeld als een terugschroefing van het niveau consumentenbescherming: “*In some cases, unfair commercial practices will cause economic damage to the consumer as, for example, when sellers coerce the consumer to pay a disproportionately high*

³⁴¹⁰ *Supra*, nrs. 1174 e.v.

³⁴¹¹ Zie art. 94/5, §2, 94/6, § 1 en 94/9 WHPC.

³⁴¹² *Supra*, nr. 1253.

³⁴¹³ *Infra*, nrs. 1308 e.v.

price or to buy a defective product. However, the insertion of an economic damage requirement as a precondition to acting under the Directive would have been inappropriate as it would significantly have diminished the current level of consumer protection in the EU.”³⁴¹⁴

1299. *Inpassing van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties* – Dat het kader inzake oneerlijke handelspraktijken geen oog heeft voor de schade die de handelspraktijk met zich meebrengt, betekent geenszins dat een gedraging die schade met zich meebrengt niet als een oneerlijke handelspraktijk zou kunnen worden gekwalificeerd. Alleen vormt de schade geen voorwaarde voor die kwalificatie. Onze probleemstelling omvat het misbruik van een ondergeschikte contractuele positie van de consument dat leidt tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Dit misbruik van een inferieure positie zal enkel als een (misleidende of) agressieve handelspraktijk, in het bijzonder als een ongepaste beïnvloeding, worden beschouwd indien de keuzevrijheid van de (gemiddelde) consument er aanzienlijk wordt door beperkt of kan worden door beperkt, waardoor hij ertoe gebracht wordt een besluit over een transactie te nemen dat hij anders niet had genomen. Indien het misbruik leidt tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, dan is die voorwaarde vervuld. In onze probleemstelling gaan we er immers van uit dat de consument het contract, zonder het misbruik van zijn concrete inferieure contractuele positie, nooit onder die voorwaarden (hoge prijs) gesloten zou hebben.

C. Voorlopig besluit

1300. *Ruim kader* – Het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken is dermate ruim dat onze probleemstelling er kan worden ondergebracht. Evenwel impliceert het bewijs van een oneerlijke handelspraktijk niet automatisch de vervulling van de drie bestanddelen van onze probleemstelling (misbruik van een inferieure contractuele positie, onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en een oorzakelijk verband tussen beiden). Een potentiële beïnvloeding van de besluitvorming in hoofde van de (gemiddelde) consument volstaat immers bij toepassing van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken. In onze probleemstelling wordt, naast de vereisten van de benadeling en het oorzakelijk verband, ook een effectieve aantasting van de vrije economische zelfbeschikking in hoofde van de consument vereist.

§3. Oneerlijke handelspraktijken: een doeltreffend instrument ter bestrijding van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van misbruik van de inferieure positie van de consument?

1301. *Doelstelling* – Nu bepaald werd dat het misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument als een oneerlijke handelspraktijk kan worden gekwalificeerd, dient in het bijzonder te worden onderzocht in hoeverre de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken een doeltreffend instrument kan vormen voor het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties ten gevolge van voormeld misbruik. We zullen aantonen dat de knelpunten die de toepassing van de gekwalificeerde benadeling met zich meebracht, hier slechts in mindere mate een probleem vormen. Evenwel zal blijken dat de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken niet voorziet in een geschikte herstelmaatregel.

³⁴¹⁴ G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ, (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29, 2007*, (11) 23.

A. Mogelijke knelpunten: vergelijking met de gekwalificeerde benadeling

1. Bijzondere omstandigheden van inferioriteit

1302. *Knelpunten bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling* – De omstandigheden van inferioriteit vormen op vandaag een knelpunt voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling op de contractuele relatie tussen een professionele partij en een consument. De enge invulling van dit toepassingsvereiste verhindert dat de gekwalificeerde benadeling doeltreffend ingezet wordt ter bestrijding van de aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument bij misbruik van inferioriteit en/of superioriteit. Een verruimde invulling van de omstandigheden van inferioriteit of superioriteit werken dit knelpunt weg. Er is een bewustwording nodig dat aan de gekwalificeerde benadeling, o.m. omwille van de groeiende diversiteit en complexiteit van producten, een ruimer draagvlak toebehoort dan vroeger.³⁴¹⁵

1303. *Nadruk op extrinsieke omstandigheden* – De consument die zich wil beroepen op de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, moet aantonen dat hij binnen het toepassingsgebied van de regeling valt. De beoordeling die plaatsvindt op basis van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, gebeurt rekening houdend met de concrete omstandigheden. Extrinsieke (of functionele) omstandigheden van inferioriteit in hoofde van de consument behoren daar toe. Dat de nadruk al te veel zou uitgaan naar persoonlijke omstandigheden van inferioriteit, vormt geen probleem. Deze worden in beginsel buiten beschouwing gelaten door de vooropstelling van het beeld van de gemiddelde consument.³⁴¹⁶

1304. *Concrete situatie van ongepaste beïnvloeding* – Wanneer specifiek een beroep wordt gedaan op de figuur van de ongepaste beïnvloeding, zal de consument allereerst een machtspositie in hoofde van de professionele partij moeten aantonen. Het gaat daarbij niet om een machtspositie op de markt, maar wel om een machtspositie ten aanzien van de consument. Deze *machtspositie* is veel ruimer dan een (semi-)monopoliepositie in hoofde van de professionele partij. Zo blijkt ook uit artikel 93 WMC (oud art. 94/10 WHPC), waar bepaald wordt dat bij de vaststelling of er toepassing wordt gemaakt van ongepaste beïnvloeding, o.m. rekening moet worden gehouden met het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat ze het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken.

Onmiddellijk wordt duidelijk dat *externe* omstandigheden geïmagineerd worden die ook verband houden met de contractuele verhouding tussen professioneel en consument. Anderzijds wordt bij wijze van verduidelijking verwezen naar bepaalde tegenslagen of omstandigheden die het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken. In die zin lijkt de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken dan weer strenger dan de figuur van de gekwalificeerde benadeling. Daar is enkel vereist dat het *misbruik* van die omstandigheden leidt tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.³⁴¹⁷ Wel moet hierbij voor ogen worden gehouden dat dit slechts een verduidelijking vormt van de interpretatie van ongepaste beïnvloeding, maar niet de definitie zelf inhoudt.

³⁴¹⁵ *Supra*, nr. 1218.

³⁴¹⁶ *Supra*, nrs. 1248-1249.

³⁴¹⁷ Op dit vlak lijkt meer aansluiting te worden gevonden bij de Nederlandse figuur van misbruik van omstandigheden. Ook daar moeten de omstandigheden zelf, veeleer dan het misbruik, de beslissingsvrijheid van de medecontractant beïnvloeden. Zie *supra*, nr. 459.

2. Bewijs van het misbruikvereiste

1305. *Zware bewijslast bij gekwalificeerde benadeling* – Hierboven werd duidelijk dat de bewijslast inzake het misbruik in hoofde van de consument bij een beroep op de gekwalificeerde benadeling zwaar is.³⁴¹⁸

1306. *Concretisering* – Het bewijs van een misleidende of agressieve handelspraktijk gebeurt op een concretere wijze dan bij het misbruikvereiste van de gekwalificeerde benadeling. De regelgeving is immers uitgebreid neergelegd in wettelijke bepalingen en er worden concrete elementen opgesomd waarmee de rechter rekening zal houden. Zo wordt in artikel 88 WMC (oud art. 94/6, §1, lid 2 WHPC) opgesomd op welke elementen de bedrieglijke of onjuiste informatie betrekking moet hebben. Zo geeft ook artikel 93 WMC (oud art. 94/10 WHPC) weer waarmee rekening zal worden gehouden bij de vaststelling of er sprake is van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. Aldus wordt in beginsel concreter weergegeven waarin de fout van de onderneming ligt.

Enkel wanneer een praktijk niet als een misleidende of agressieve handelspraktijk kan worden gekwalificeerd, moet een beroep worden gedaan op de ruimere normering van de algemene norm inzake oneerlijke handelspraktijken. Dan zal moeten worden aangetoond dat een praktijk in strijd is met de vereisten van de professionele toewijding. Enkel dan ligt bijgevolg een open norm voor die dichter aanleunt bij het gemeenrechtelijke foutbegrip (zoals ook van toepassing bij de gekwalificeerde benadeling). Inspiratie kan hier dan weer gezocht en gevonden worden bij de rechtspraak inzake *eerlijke handelsgebruiken*. Zoals reeds aangehaald, zullen de handelspraktijken die niet als misleidend of agressief kunnen worden gekwalificeerd ook eerder beperkt zijn. Tot slot zorgen ook de lijsten van *per se* verboden misleidende of agressieve handelspraktijken voor een zekere mate van concretisering. Wanneer een handelspraktijk gelijkaardig is aan één van de praktijken opgesomd in de zwarte lijsten maar er niet kan worden ondergebracht, dan kan die betrokken bepaling wel als concretisering dienen bij de beoordeling onder de open normen.

3. Voorlopig besluit

1307. *Wegwerking knelpunten* – Wanneer wij de knelpunten van de gekwalificeerde benadeling onderzoeken vanuit de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, stellen wij vast dat deze grotendeels weggewerkt worden.

B. Sanctionering

1308. *Algemeen* – Hieronder tonen we aan dat de sanctionering binnen de Belgische regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, in het bijzonder de vordering tot staking en de burgerrechtelijke sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC), het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties niet kunnen wegwerken of herstellen. Daartoe zal een beroep moeten worden gedaan op de gemeenrechtelijke instrumenten.

1. Vordering tot staking

1309. *Onaangepaste sanctie* – De vordering tot staking is op zichzelf geen aangepaste sanctie. Met de vordering tot staking wordt de handelspraktijk gestaakt. Deze sanctie is vooral verdienstelijk indien het een handelspraktijk betreft die door de onderneming meermaals of ten aanzien van meerdere

³⁴¹⁸ *Supra*, nrs. 1219-1236.

consumenten werd gesteld. Op die manier kunnen toekomstige oneerlijke handelspraktijken vermeden worden. Toegepast op onze probleemstelling zal de vordering *a posteriori* worden ingesteld, d.i. nadat de schadeverwekkende handeling zich heeft voorgedaan. In die zin is het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties al veroorzaakt en wordt dit niet weggewerkt door middel van deze sanctie.

2. Burgerrechtelijke sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC)

1310. *Algemeen* – Wanneer een overeenkomst met een consument werd afgesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, komt de bijzondere sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) in het vizier. Deze sanctie houdt in dat de rechter de terugbetaling beveelt van de door de consument betaalde sommen, zonder dat het reeds geleverde product moet worden teruggegeven. De terugbetaling moet voor de gewone rechter, en niet voor de stakingsrechter, gevorderd worden. Enkel bij de zwaarste oneerlijke handelspraktijken moet de rechter deze sanctie toepassen wanneer de consument erom verzoekt. Bij de overige oneerlijke handelspraktijken beschikt de rechter over een appreciatiemarge. Een blik op het toepassingsgebied van deze sanctie moet toelaten te besluiten welke concrete rol deze sanctie kan vervullen inzake het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

a. Reikwijdte van de burgerrechtelijke sanctie

i. Vier onderscheiden situaties

1311. *Algemeen* – De tekst van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) heeft enkel de situatie voor ogen waar de overeenkomst, die ingevolge een oneerlijke handelspraktijk met een consument werd afgesloten, reeds door beide partijen werd uitgevoerd. De consument betaalde reeds de prijs en de onderneming leverde het product. Ook volgende situaties kunnen echter voorvallen: (i) geen betaling door de consument en geen levering door de onderneming, (ii) geen betaling door de consument en wel een levering door de onderneming en (iii) een betaling door de consument en geen levering door de onderneming. De vraag rijst of de sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) ook bij één of meerdere van deze situaties kan worden ingeroepen, dan wel of de consument in die gevallen volledig aangewezen is op het gemeen contractenrecht.

1312. *Geen betaling en geen levering* – Wanneer de consument geen betaling verrichtte en de onderneming evenmin het product leverde, ligt de meest eenvoudige situatie voor. In dat geval kan de bijzondere sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) geen enkele rol vervullen. De consument is volledig aangewezen op de burgerrechtelijke sancties, in het bijzonder op de nietigheid en/of schadevergoeding in het kader van de wilsgebreken en/of de leer inzake de *culpa in contrahendo*.

1313. *Geen betaling en een levering* – In een tweede situatie leverde de onderneming reeds het product, terwijl de consument nog geen betaling verrichtte. Volgens STEENNOT kan de sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/4 WHPC) in dat geval naar analogie worden toegepast: de consument moet geen betaling verrichten, terwijl hij de geleverde producten niet moet teruggeven.³⁴¹⁹ Ook al kan de redenering achter deze analogische uitbreiding worden bijgetreden (hoe kan de consument immers

³⁴¹⁹ R. STEENNOT, “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming 2003-2007”, *TPR* 2009, (229) 394; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2008, 87.

gedwongen worden tot betaling over te gaan, wanneer een wettelijke bepaling voorziet in de terugbetaling in het geval diezelfde consument reeds tot betaling was overgegaan), toch lijkt de praktische toepassing ervan niet evident. Artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) omvat een vordering tot terugbetaling die binnen een redelijke termijn na kennisname van de oneerlijke praktijk moet worden ingesteld. Indien de consument nog geen betaling verrichtte, kan geen *vordering tot terugbetaling* worden ingesteld binnen de redelijke termijn.

Wellicht doelt STEENNOT veeleer op de situatie waar de onderneming een vordering instelt tegen de consument tot uitvoering van de overeenkomst. In dat geval kan de consument ter verdediging inderdaad verwijzen naar de beslissing van de stakingsrechter waarbij een oneerlijke handelspraktijk werd vastgesteld, alsook naar de bijzondere sanctie van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC). Aangezien de voorwaarde van de redelijke termijn echter een probleem kan stellen voor een analogische toepassing, lijkt het o.i. veeleer aangewezen dat de consument *ofwel* gebruik maakt van zijn herroepingsrecht indien dit van toepassing is, *ofwel* de nietigheid van de overeenkomst inroept op basis van een wilsgebrek, *ofwel* zich op de theorie van de *culpa in contrahendo* beroept.

1314. *Betaling en geen levering* – Een *a fortiori* toepassing van artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) ligt meer voor de hand indien de consument reeds een betaling verrichtte, maar er nog geen levering gebeurde door de onderneming. In dat geval lijkt er o.i. geen enkel bezwaar tegen te bestaan dat de consument zich beroept op artikel 41 WMC (oud art. 94/14 WHPC) om snel terugbetaling te verkrijgen van de door hem betaalde sommen, zonder dat hij de nietigheid van de overeenkomst moet aantonen, door enkel en alleen aan te tonen dat het contract gesloten werd ingevolge een oneerlijke handelspraktijk. Het was immers de bedoeling van de wetgever voor de verwerpelijke oneerlijke praktijken een vermoeden van een gebrekkige wil in hoofde van de consument te creëren. Wenst hij aanvullend een schadevergoeding te bekomen, dan kan hij zich uiteraard nog steeds beroepen op de gemeenrechtelijke sancties.

ii. Appreciatiebevoegdheid in hoofde van de rechter

1315. *Beperkte rechterlijke inbreng* – Bij toepassing van artikel 41, lid 1 WMC (oud art. 94/14, §2, lid 1 WHPC) beschikt de rechter over weinig appreciatiemarge. Ligt één van de opgesomde handelspraktijken voor en zijn de twee voorwaarden vervuld, dan moet de rechter de vordering tot terugbetaling van de consument toekennen. In dat lid zijn enkel de meest verwerpelijke handelspraktijken opgenomen.

1316. *Ruime appreciatiemarge* – Daarentegen heeft de rechter bij toepassing van artikel 41, lid 2 WMC (oud art. 94/14, §2, lid 2 WHPC) een ruime appreciatiemarge. De rechter beschikt er immers over de facultatieve mogelijkheid om de vordering tot terugbetaling van de consument in te willigen ingeval een andere oneerlijke handelspraktijk voorligt dan deze vermeld in artikel 41, lid 1 WMC (oud art. 94/14, §2, lid 1 WHPC). Het valt af te wachten of rechters deze appreciatiemarge in de praktijk zullen aanwenden ten behoeve van een soepele toekenning van de vordering tot terugbetaling ten voordele van de consument. Op heden is in dit verband nog geen rechtspraak beschikbaar.

iii. Bijkomende toepassingsvoorwaarden

1317. *Twee toepassingsvoorwaarden* – Opdat de vordering tot terugbetaling kan worden ingewilligd, is vereist dat (i) de vordering werd ingesteld binnen een redelijke termijn nadat de

consument kennis heeft gekregen of kennis had moeten krijgen van de oneerlijke handelspraktijk en (ii) een oorzakelijk verband voorligt tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting.

1318. *Oorzakelijk verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting* – Opdat de vordering tot terugbetaling door de rechter kan worden ingewilligd, dient een oorzakelijk verband te bestaan tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting. Terecht wordt ervoor gepleit om een weerlegbaar vermoeden in te lassen dat de handelspraktijk die de contractsluiting vooraf gaat, in oorzakelijk verband staat met de contractsluiting.³⁴²⁰ Het vereiste van oorzakelijk verband wordt evenwel stikt ingevuld. Enkel indien de overeenkomst zonder de oneerlijke handelspraktijk nooit zou zijn gesloten, kan de sanctie worden toegepast. Onmiddellijk wordt het toepassingsgebied van deze vordering tot terugbetaling verder ingeperkt. Leidt de handelspraktijk er immers enkel toe dat de overeenkomst tegen meer nadelige voorwaarden gesloten werd, dan kan de vordering niet worden ingewilligd.

b. Rol bij het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties

1319. *Beperkte rol door beperkt toepassingsgebied* – De vordering tot terugbetaling uit artikel 41 WMC (oud art. 94/14, §2 WHPC) is een verregaande sanctie waarvan het toepassingsgebied beperkt is. De vordering kan immers enkel toegepast worden bij een overeenkomst ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, waarbij de consument reeds betaalde en de onderneming reeds leverde. *A fortiori* kan de consument terugbetaling vorderen, indien hij reeds betaalde en de onderneming nog niet leverde. De vordering zal daarenboven slechts ingewilligd *moeten* worden door de rechter bij een beperkt aantal, zeer bezwaarlijke oneerlijke handelspraktijken. Bij toepassing van de overige oneerlijke handelspraktijken beschikt de rechter daarentegen over een ruime appreciatiemarge. Alleen al op basis van deze vaststellingen wordt duidelijk dat voor deze burgerrechtelijke sanctie slechts een bijrol is weggelegd inzake het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties dat ontstaat in hoofde van de consument ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk.

1320. *Strikte invulling van het oorzakelijk verband* – Het oorzakelijk verband tussen de oneerlijke handelspraktijk en de contractsluiting dat daarenboven strikt wordt ingevuld, doet de rol van deze sanctie in het kader van onze probleemstelling verder inkrimpen. Immers, in het kader van onze probleemstelling leidt de oneerlijke handelspraktijk tot een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. De overeenkomst zou zonder de handelspraktijk wellicht ook gesloten zijn, zij het tegen minder nadelige voorwaarden. In het kader van de vordering tot terugbetaling zijn de vereisten echter strenger, waardoor deze sanctie nauwelijks een rol speelt in het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.

3. Gemeenrechtelijke instrumenten ter herstel van de schade

1321. *Algemeen* – De regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken voorziet niet in sancties die gericht zijn op het herstel van de schade die in hoofde van de consument werd aangericht ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk.³⁴²¹ Om eventuele schade ten gevolge van een oneerlijke

³⁴²⁰ *Supra*, nr. 1281.

³⁴²¹ G.B. ABBAMONTE, “The Unfair Commercial Practices Directive and its General prohibition”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (11) 16.; B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 409.

handelspraktijk vergoed te krijgen, zal de consument zich derhalve moeten beroepen op de gemeenrechtelijke sancties.³⁴²²

1322. *Theorie van de wilsgebreken en de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels* – Consumenten die een overeenkomst hebben afgesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk, kunnen zich beroepen op de wilsgebreken dwaling, bedrog en geweld teneinde de overeenkomst te vernietigen en/of schadevergoeding te bekomen.³⁴²³ Gelet op onze bovenstaande analyse, kan in dat verband ook een beroep worden gedaan op de gekwalificeerde benadeling.

Aanvullend op of losstaand van deze rechtsfiguren, kan de consument die schade lijdt ten gevolge van een oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijk ook een schadevergoeding vorderen op basis van artikel 1382 B.W. De rechtspraak zal zich zo moeten ontwikkelen dat de vereisten om tot een oneerlijke, misleidende of agressieve handelspraktijk te besluiten, ingepast worden binnen de bestaande gemeenrechtelijke instrumenten tot herstel van de schade.³⁴²⁴ Een oneerlijke handelspraktijk moet dan ook beschouwd worden als een fout in de zin van artikel 1382 B.W., die bij bewijs van schade en oorzakelijk verband, aanleiding geeft tot een herstel van de geleden schade.

AFDELING III. KRUISBESTUIVING VAN ONEERLIJKE HANDELSPRAKTIJKEN NAAR GEKWALIFICEERDE BENADELING

1323. *Doelstelling* – We hebben vastgesteld dat de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken de situatie omvat waar de onderneming misbruik maakt van een inferieure contractuele positie in hoofde van de consument, wat uitmondt in een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Daarbij werd duidelijk dat deze regelgeving zelf niet over de geschikte wapens beschikt om een herstel van dat onevenwicht te bekomen. Daartoe dient een beroep te worden gedaan op de gemeenrechtelijke instrumenten, in het bijzonder op de gekwalificeerde benadeling. We zullen hierna aantonen dat de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken een verlichtende rol kan vervullen bij de zware bewijslast in hoofde van de consument.

§1. Bewijs van een fout/misbruik bij gekwalificeerde benadeling via het bewijs van een oneerlijke handelspraktijk

A. Voorafgaandelijke vordering tot staking

1324. *Feitenconstellatie* – Wanneer met succes een vordering tot staking werd ingesteld ten aanzien van een oneerlijke handelspraktijk, in het bijzonder een agressieve handelspraktijk door het gebruik van ongepaste beïnvloeding, zal de consument een beroep moeten doen op de gemeenrechtelijke instrumenten om, wanneer hij ten gevolge van die ongepaste beïnvloeding een te hoge prijs betaalde, een vergoeding van zijn schade te bekomen.

³⁴²² Zie H. DE BAUW, “De algemene verbodsbepalingen in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRY (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008*, 2008, (107) 140, met verwijzing naar de Memorie van Toelichting (Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 2983/001, 37-38). Zie ook R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, 2008, 87.

³⁴²³ B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 417-418.

³⁴²⁴ In dezelfde zin, B. KEIRSBILCK, *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 414.

1325. *Vereisten van gekwalificeerde benadeling* – In beginsel is voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling vereist dat het bewijs wordt geleverd van (i) een misbruik van omstandigheden van inferioriteit of superioriteit, (ii) een benadeling en (iii) een oorzakelijk verband tussen het misbruik en de benadeling. Wordt ongepaste beïnvloeding aangenomen door de stakingsrechter, dan ligt ook onmiddellijk een misbruik voor van inferioriteit en/of superioriteit. Ongepaste beïnvloeding bestaat immers uit het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt. Opdat de consument zich met succes kan beroepen op de gekwalificeerde benadeling, moet hij bijkomend een benadeling en een oorzakelijk verband bewijzen. Vooral het oorzakelijk verband is belangrijk, aangezien het in het kader van de oneerlijke handelspraktijken volstaat dat de handelspraktijk een potentiële beïnvloeding van de keuzevrijheid van de consument met zich meebrengt.

1326. *Praktische kanttekening* – De situatie waar eerst – d.i. vooraleer de consument zich beroept op een gemeenrechtelijk instrument tot vergoeding van zijn schade – een vordering tot staking wordt ingesteld ten aanzien van een handelspraktijk wegens ongepaste beïnvloeding, is niet voor de hand liggend. De stakingsvordering kan door de belanghebbende consument worden ingesteld, maar dat is weinig waarschijnlijk. Voor de consument primeert immers de vergoeding van zijn schade. De schade ten gevolge van de praktijk is immers al ontstaan, en daar kan een vordering tot staking geen verandering meer inbrengen. Een stakingsvordering kan ook door bepaalde consumentenorganisaties worden ingesteld. Dat zal echter pas gebeuren, indien de bestreden praktijk op grotere schaal werd toegepast. Bij een agressieve handelspraktijk op basis van ongepaste beïnvloeding lijkt dit minder voor de hand liggend.

B. Geen voorafgaandelijke vordering tot staking

1327. *Schending van een wetsebepaling* – De regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken uit de WMC (oude WHPC) kunnen zeker een invloed hebben bij de bewijsvoering van de benadeelde partij van de gekwalificeerde benadeling. Indien deze benadeelde voor de rechter kan aantonen dat zijn professionele medecontractant de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken heeft geschonden, dan ligt een fout voor in de zin van artikel 1382 B.W.³⁴²⁵ In die zin wordt het zware bewijs van het misbruikvereiste voor de benadeelde partij in het kader van de gekwalificeerde benadeling, verlicht aan de hand van de meer concrete en gedetailleerde regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken. Opdat de consument herstel van de geleden schade zou bekomen, zal hij naast de schending van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, bijkomend de schade en het oorzakelijk verband moeten bewijzen.

§2. Misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling: interpretatie aan de hand van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken

1328. *Algemeen* – Indien geen overtreding van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken kan worden aangetoond, dan is de consument volledig aangewezen op het gemeen verbintenissenrecht om vergoeding te bekomen van de schade die hij geleden heeft doordat hij benadeeld werd ten gevolge

³⁴²⁵ *Supra*, nr. 651.

van misbruik in hoofde van de professionele partij. Nochtans kan ook hier het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken een hulpmiddel zijn bij het bewijs van de gekwalificeerde benadeling.³⁴²⁶

1329. *Concretisering via de regelgeving oneerlijke handelspraktijken* – Bij het bewijs van het misbruikvereiste kan de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken een niet onbelangrijke rol vervullen. Het open karakter van het buitencontractuele foutbegrip bij de gekwalificeerde benadeling kan geconcretiseerd worden aan de hand van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. WHITTAKER omschreef deze rol van het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken meer algemeen als de “*reception in national laws through the porous nature of certain legal norms and concepts*”.³⁴²⁷ Daar waar het nationale recht open normen hanteert, zoals het vereiste van de goede trouw of het buitencontractuele foutbegrip, kunnen de verscheidene bepalingen van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken deze open normen concreet invullen.

1330. *Voorbeelden uit het Franse recht* – Ter illustratie van deze rol van het wettelijke kader van de oneerlijke handelspraktijken, geeft WHITTAKER enkele voorbeelden uit het Franse recht. Zo hebben de oneerlijke handelspraktijken als regelgeving inzake informatieverstrekking aan de consument, een onrechtstreekse invloed op de geldigheid van het contract, meer bepaald op de aanwezigheid van het wilsgebrek bedrog. Ingeval de professionele partij bewust informatie achterhoudt, schept de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken immers mee het kader en de omstandigheden waarbinnen de professionele partij geacht werd informatie te verstrekken aan de consument. Ook inzake het buitencontractuele foutbegrip is een gelijkaardige invloed waar te nemen. De inbreuk op de informatieverplichtingen die de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken met zich meebrengt voor de professionele partij, kan aanleiding geven tot een burgerrechtelijke schadevergoeding. Het ruime foutbegrip wordt concreet ingevuld aan de hand van de oneerlijke handelspraktijken. Een laatste voorbeeld heeft betrekking op het algemene Franse vereiste van de goede trouw in de fase van totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. De invloed van de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken bestaat erin dat specifieke situaties worden voorzien op basis waarvan een rechtbank kan vaststellen dat een professionele partij in een consumentencontract ter kwader trouw handelde.³⁴²⁸

1331. *Toepassing op het misbruikvereiste bij gekwalificeerde benadeling* – Bij inroeping van de gekwalificeerde benadeling in een consumentencontract, kan de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken een inspiratiebron vormen bij het bewijs van het misbruikvereiste. Vooreerst kunnen een aantal agressieve handelspraktijken die sowieso als oneerlijk worden beschouwd, een voorbeeldfunctie vervullen. Hierbij kan verwezen worden naar artikel 94, 1° WMC (oud art. 94/11, 1° WHPC) (“*de indruk geven dat de consument het pand niet mag verlaten alvorens er een overeenkomst is opgesteld*”), artikel 94, 2° WMC (oud art. 94/11, 2° WHPC) (“*de consument thuis opzoeken en zijn verzoek om weg te gaan of niet meer terug te komen negeren, ...*”) of artikel 94, 3° WMC (oud art. 94/11, 3° WHPC) (“*hardnekkig en ongewenst aandringen per telefoon, fax, e-mail of andere afstandsmechanismen, ...*”). Ook al valt een concrete situatie niet precies onder één van de verboden

³⁴²⁶ Ook voor benadeelde partijen die niet gecontracteerd hebben in de hoedanigheid van consument, kan het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken een hulpmiddel vormen bij het bewijs van de gekwalificeerde benadeling. Zie *supra*, nr. 739.

³⁴²⁷ S. WHITTAKER, “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (139) 151 e.v.

³⁴²⁸ S. WHITTAKER, “The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws”, in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29*, 2007, (139) 152-153.

praktijken, toch kan het feit dat een gelijkaardige situatie voorligt voldoende zijn om via een analogische interpretatie tot de aanwezigheid van een misbruik in hoofde van de professionele partij te besluiten.

Daarnaast wordt in de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken ook uitdrukkelijk aangegeven waarmee rekening wordt gehouden bij de vaststelling van de aanwezigheid van intimidatie, dwang of ongepaste beïnvloeding. In het kader van het bewijs van misbruik bij toepassing van gekwalificeerde benadeling, kan rekening worden gehouden met (i) het tijdstip, de plaats, de aard en de persistentie van de handelspraktijk, (ii) het gebruik van dreigende of grove taal of gedragingen, (iii) het bewust uitbuiten door de onderneming van bepaalde tegenslagen of omstandigheden die zo ernstig zijn dat zij het beoordelingsvermogen van de consument kunnen beperken, met het oogmerk zijn beslissing met betrekking tot het product te beïnvloeden en (iv) het dreigen met maatregelen die wettelijk niet kunnen worden genomen. Wanneer de rechter nagaat of de onderneming zich gedragen heeft als een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in dezelfde concrete omstandigheden, kunnen deze elementen een belangrijke rol spelen bij zijn beoordeling.

Tot slot kan ook de definitie van ongepaste beïnvloeding, neergelegd in artikel 2, 34° WMC (oud art. 93, 10° WHPC) (“*het uitbuiten van een machtspositie ten aanzien van de consument om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die het vermogen van de consument om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt*”) een rol spelen bij de beoordeling van de rechter of er al dan niet sprake is van misbruik in hoofde van de professionele partij.

AFDELING IV. VOORLOPIG BESLUIT

1332. *Probleemstelling* – De vaststelling dat de consument zich *de facto* vaak in een zwakke positie bevindt ten aanzien van de professionele partij, vormde het vertrekpunt van onze aangescherpte probleemstelling. De ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer werd gerechtvaardigd door een consequente toepassing van de transactiekosten-theorie in het licht van de vrije mededinging. De vrije mededinging verhindert evenwel niet dat een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties voorligt, doordat de professionele partij *misbruik* maakt van een ondergeschikte contractuele positie waarin de consument zich op het ogenblik van de contractsluiting bevindt.

1333. *Gekwalificeerde benadeling: geschikt instrument, doch met knelpunten* – We hebben deze probleemstelling ingepast in het model van het constitutief en compenserend consumentenrecht. Er werd aangetoond dat bij misbruik van de inferieure positie van de consument, dat een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt, zijn vrije economische zelfbeschikking onvoldoende gevrijwaard wordt. De gekwalificeerde benadeling lijkt het geschikte instrument om de afwezigheid van (materiële) contractvrijheid in hoofde van de consument te compenseren. Deze rechtsfiguur maakt in de eerste plaats een instrument uit ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting. Doordat de andere instrumenten ter bewerkstelling van de vrije wil bij de contractsluiting (bedrog, geweld of de precontractuele informatieplichten) er niet in slagen daartoe een volwaardig draagvlak te creëren, kan een beroep worden gedaan op de gekwalificeerde benadeling, zonder schending van het subsidiariteitsbeginsel.

Onze aandacht ging in het bijzonder uit naar de mogelijke knelpunten die een beroep op de gekwalificeerde benadeling door de consument met zich meebrengt. Als eerste knelpunt hebben we gewezen op de enge invulling van de inferioriteit in de Belgische rechtspraak. Een verruimde invulling van deze omstandigheden werkt dit knelpunt weg. Daarnaast brengt het misbruikvereiste een zware

bewijslast met zich mee voor de benadeelde partij. Ook al werden de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels als grondslag voor de gekwalificeerde benadeling aangewezen, toch blijft de bewijslast voor de benadeelde partij zwaar. We hebben de invoering van een vermoeden van misbruik, zowel een algemeen vermoeden ten voordele van alle benadeelde partijen als een bijzonder vermoeden ten voordele van de consument als benadeelde partij, afgewezen. De aantasting van de vrije economische zelfbeschikking van de consument wordt derhalve niet volledig verholpen via de gekwalificeerde benadeling.

1334. *Oneerlijke handelspraktijken: concretisering van het misbruikvereiste* – Omwille van bovenstaande vaststellingen zijn we nagegaan of de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken een geschikt compenserend instrument uitmaakt ter herstel van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Ons onderzoek maakte duidelijk dat het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken voldoende ruim is om ook het misbruik van de inferieure contractuele positie van de consument te omvatten. We hebben aangetoond dat de knelpunten die bij de gekwalificeerde benadeling naar voor kwamen, bij toepassing van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken grotendeels weggewerkt worden. Evenwel is gebleken dat deze regelgeving niet voorziet in een gepaste sanctie ter herstel van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. Daartoe dient een beroep te worden gedaan op de gemeenrechtelijke instrumenten, in het bijzonder op de gekwalificeerde benadeling. Het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken kan wel een belangrijke rol vervullen bij het bewijs van het foutvereiste in het kader van de gekwalificeerde benadeling. Een schending van de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken maakt immers een fout uit in de zin van artikel 1382 B.W. Verder kan het open karakter van het buitencontractuele foutbegrip geconcretiseerd worden aan de hand van diezelfde regelgeving.

ALGEMEEN BESLUIT

§1. Probleemstelling en onderzoeksvragen

1335. *Probleemstelling* – De kiem van dit onderzoek situeert zich in de vaststelling dat, omwille van de ontoetsbaarheid van kernbedingen, het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer van de WMC (oude WHPC) niet gecontroleerd kan worden door de rechter. Het contrast tussen, enerzijds, deze (op het eerste gezicht resolute) afkeer voor de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in het consumentencontractenrecht en, anderzijds, de gemeenrechtelijke instrumenten die wel een dergelijke toetsing met zich meebrengen, vormt de *centrale probleemstelling* van ons onderzoek. Dit contrast wordt versterkt door onze opvatting over de verhouding tussen het gemeen contractenrecht en het consumentencontractenrecht. Deze rechtsdomeinen zijn onderling verweven en moeten in samenhang worden bestudeerd.

1336. *Onderzoeksvragen* – Bovenstaande probleemstelling noopte ons tot het beantwoorden van drie onderzoeksvragen. *Vooreerst* hebben we onderzocht of de gemeenrechtelijke instrumenten die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toelaten, *a priori* de nood aan een bijkomend consumentenrechtelijk instrument ter controle van dat evenwicht al dan niet wegnemen. Deze onderzoeksvraag werd beantwoord in deel II van dit proefschrift, waar we de rechtsfiguren van de benadeling en de gekwalificeerde benadeling hebben onderzocht.

Vervolgens hebben we de *ratio legis* van de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer onder de loep genomen: hoe kan de uitsluiting van de rechterlijke controle op het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer worden gerechtvaardigd? *Tot slot* hebben we onderzocht of deze ontoetsbaarheid van kernbedingen niet op bepaalde punten moet worden genuanceerd. Beide onderzoeksvragen werden beantwoord in deel III van dit proefschrift.

§2. Onderzoeksresultaten aangaande de benadeling en de gekwalificeerde benadeling

1337. *Benadeling* – Met ons onderzoek inzake de benadeling hebben we *vooreerst* aangetoond dat deze rechtsfiguur in het Belgische verbintenissenrecht *verworpen* wordt als een *algemene grondslag* tot vernietiging van overeenkomsten. Deze verwerping is ingegeven door het beginsel van de contractvrijheid en door de rechtszekerheid. Op dit uitgangspunt worden echter *verscheidene wettelijke uitzonderingen* aanvaard. Niet alle wetbepalingen die traditioneel als een toepassing van de benadeling worden beschouwd, laten evenwel een rechterlijke toetsing toe van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties (bv. de benadelingsregel bij de verdeling en het verbod op het leonijs beding).³⁴²⁹ Bij andere toepassingsgevallen hebben we aangetoond dat de rechterlijke controle ruimer is dan enkel een controle van het evenwicht tussen de hoofdprestaties (bv. de benadeling bij minderjarigen).³⁴³⁰

Daarnaast heeft ons onderzoek uitgewezen dat de wettelijke toepassingsgevallen van de benadeling in ieder geval zeer fragmentarisch zijn. Het gaat om uiteenlopende bepalingen, met telkens een sterk afgebakend toepassingsgebied en een beperkte kring van beschermingsgerechtigden. Vaak zijn het ook verouderde bepalingen die op vandaag vreemd aanvoelen (bv. de benadelingsregel ten

³⁴²⁹ *Supra*, nrs. 224-226 en 237-238.

³⁴³⁰ *Supra*, nrs. 177 en 183.

voordele van de verkoper van een onroerend goed). We hebben aangetoond dat er *geen* sprake is van een *coherent leerstuk* van de benadeling. Op het vlak van het toepassingsgebied, de categorie van beschermingsgerechtigden en de hoegrootheid van de vereiste benadeling zijn er immers te grote verschillen tussen de wettelijke toepassingsgevallen.³⁴³¹

Onze analyse van de benadeling heeft *tot slot* uitgewezen dat verschillende wettelijke bepalingen toepassingen zijn van de *subjectieve benadeling*, ingevoerd omwille van een (dreigende) aantasting van de contractvrijheid in hoofde van de (benadeelde) partij. Deze vaststelling heeft ons aanvoelen bevestigd dat, via de rechtsfiguur van de benadeling, de rechterlijke toetsing van het evenwicht tussen de hoofdprestaties in het gemeen contractenrecht wordt ingezet als een compenserend instrument ter materialisering van de contractvrijheid.³⁴³²

1338. *Gekwalificeerde benadeling* – Ook de gekwalificeerde benadeling, die als een uitloper van de subjectieve benadeling moet worden beschouwd, vormt een belangrijke uitzondering op de verwerping van de benadeling als algemene vernietigingsgrondslag van overeenkomsten. Bij de gekwalificeerde benadeling wordt de nadruk gelegd op het *misbruikvereiste*. Daardoor heeft deze rechtsfiguur het fragmentarische karakter van de benadeling met een beperkte kring van beschermingsgerechtigden kunnen doorbreken ten voordele van een algemene draagwijdte.

Met onze kroniek van rechtspraak hebben we aangetoond dat de gekwalificeerde benadeling in het Belgische recht met veel onduidelijkheden gepaard gaat. Deze rechtsfiguur wordt daardoor eerder beperkt ingeroepen in de praktijk. De onzekerheid over de grondslag leidt in het bijzonder tot onzuivere toepassingsvoorwaarden en tot verwarring aangaande de sanctionering.³⁴³³ We hebben in dit onderzoek verschillende oplossingen aangereikt om een ruimere toepassing van deze rechtsfiguur te bewerkstelligen. *Vooreerst* werd de leer van de *culpa in contrahendo*, gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels van artikel 1382-1383 B.W., als de enige zuivere grondslag aangewezen.³⁴³⁴ Dit heeft als verdienste dat *zowel* de voorwaarden *als* de sanctie duidelijker kunnen worden omschreven.

Voor een succesvol beroep op de gekwalificeerde benadeling hebben we volgende voorwaarden aangewezen: (i) een misbruik van omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit, in die zin dat een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon in dezelfde concrete (externe) omstandigheden die omstandigheden niet benut zou hebben om een voor de medecontractant nadelig contract te bedingen, (ii) een benadeling, in de zin van een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties en (iii) een oorzakelijk verband tussen het misbruik en de benadeling.³⁴³⁵

Wat de sanctie betreft, hebben we aangetoond dat de voorkeur uitgaat naar de matiging van de overdreven verbintenis als vorm van herstel *in natura* van de schade. De benadeelde partij zou echter ook de vernietiging van de overeenkomst kunnen vorderen als herstel *in natura* van de schade, alsook een (aanvullende) schadevergoeding bij wijze van herstel bij equivalent.³⁴³⁶

Daarnaast hebben we in dit onderzoek gepleit voor een versoepeling van sommige toepassingsvoorwaarden. Mede onder invloed van het Franse en het Duitse recht hebben we benadrukt dat de omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit ruimer moeten worden opgevat dan louter persoonlijke omstandigheden. Ook externe, functionele omstandigheden die voortvloeien uit de relatie tussen de contractpartijen (bv. contractuele relatie consument - professionele partij), dienen in

³⁴³¹ *Supra*, nr. 328.

³⁴³² *Supra*, nrs. 205, 249, 253, 258 en 328.

³⁴³³ *Supra*, nrs. 363-365.

³⁴³⁴ *Supra*, nr. 645.

³⁴³⁵ *Supra*, nrs. 649-730.

³⁴³⁶ *Supra*, nrs. 734-738.

aanmerking te worden genomen in het kader van de gekwalificeerde benadeling.³⁴³⁷ Omwille van de buitencontractuele aansprakelijkheidsgrondslag werd ook het benadelingsvereiste soepeler opgevat. Zo wordt voor de toepassing van de gekwalificeerde benadeling geen bepaalde hoegrootheid van benadeling vereist. Het volstaat dat de benadeling zeker is.³⁴³⁸ Een verruiming van het *benadelingsvereiste* tot een *nadeelsvereiste* hebben we daarentegen verworpen. Dergelijke uitbreiding in het kader van de gekwalificeerde benadeling zou leiden tot een te ruime invulling van deze rechtsfiguur. Desalniettemin hebben we met ons onderzoek van het uithollingsverbod bij exoneratiebedingen aangetoond dat de grens tussen de toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties, enerzijds, en de toetsing van de contractuele rechten en plichten, anderzijds, in de praktijk geen scherpe scheidingslijn is.³⁴³⁹ *Tot slot* hebben we inzake het misbruikvereiste, en de zware bewijslast die dit vereiste met zich meebrengt voor de benadeelde contractpartij (consument), ook gewezen op de kruisbestuiving met de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken, en de voordelen die daarmee gepaard gaan (zie *infra* §4 inzake het sluitstuk van het onderzoek).

1339. *Eerste onderzoeksvraag* – We hebben aangetoond dat de draagwijdte en de draagkracht van de gemeenrechtelijke instrumenten die een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties toelaten, op heden ontoereikend zijn om *a priori* te besluiten dat er geen nood is aan een specifiek consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van dat evenwicht. De toepassingsgevallen van de benadeling zijn immers zeer fragmentarisch met slechts een beperkte kring van beschermingsgerechtigde marktdeelnemers, waar de consumenten niet onder vallen. De rechtsfiguur van de gekwalificeerde benadeling kent op haar beurt op vandaag slechts een beperkte toepassing in de praktijk, zeker in de contractuele relatie tussen een consument en een professionele partij. Dit is te wijten aan de (tot op heden) onzuivere grondslag en onduidelijke toepassingsvoorwaarden en sanctionering, de beperkte invulling van de omstandigheden van inferioriteit en de zware bewijslast, vooral van het misbruikvereiste, in hoofde van de benadeelde contractpartij (consument).

§3. Onderzoekresultaten aangaande de ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer

1340. *Nuancering van de ontoetsbaarheid van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer (derde onderzoeksvraag)* – Met ons onderzoek in deel III van dit proefschrift hebben we bewezen dat de uitsluiting van de rechterlijke toetsing van kernbedingen binnen de onrechtmatige bedingenleer genuanceerd moet worden. Ook binnen de onrechtmatige bedingenleer wordt via bepaalde wegen een toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties bereikt. Mede op basis van onze analyse van het Duitse recht, hebben we evenwel aangetoond dat deze toetsing *niet* plaatsvindt *via de toepassing van het transparantievereiste*. Het transparantievoorbehoud bij kernbedingen moet zo worden ingevuld, dat in geval van een onduidelijk en/of onbegrijpelijk kernbeding de rechter dat beding enkel kan toetsen op een schending van het transparantievereiste, en desgevallend daarom kan oordelen dat het beding oneerlijk is. Daarmee wordt echter geen controle doorgevoerd op het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties.³⁴⁴⁰

³⁴³⁷ *Supra*, nrs. 664 en 1201-1218.

³⁴³⁸ *Supra*, nrs. 681-684.

³⁴³⁹ *Supra*, nrs. 687-719.

³⁴⁴⁰ *Supra*, nrs. 904-909.

De *nuancering* van de ontoetsbaarheid van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer situeert zich *op drie vlakken*. *Vooreerst* hebben we, mede op basis van een onderzoek van het Nederlandse recht, aangetoond dat kernbedingen in de praktijk moeilijk af te bakenen zijn van exoneratiebedingen en van (andere) inhoudsbepalende bedingen. In die zin hebben we de ontoetsbaarheid van kernbedingen ook genuanceerd.³⁴⁴¹ *Vervolgens* bleek een bijzondere toepassing van het moeilijke onderscheid tussen kernbedingen en andere inhoudsbepalende bedingen te liggen in de bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang bij verzekeringscontracten. Bijzonder hier is dat deze kernbedingen veelal in de algemene voorwaarden van de verzekeraar zijn opgenomen. We hebben aangetoond dat uit overweging 19 Richtlijn Oneerlijke Bedingen voortvloeit dat deze bedingen tot bepaling van de dekkingssomvang toetsbaar zijn, en dat daarmee ook het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties getoetst wordt binnen de onrechtmatige bedingenleer.³⁴⁴² *Tot slot* werd ook duidelijk dat kernbedingen betrokken worden bij de beoordeling van de rechtmatigheid van niet-kernbedingen. In die zin wordt ook op onrechtstreekse wijze het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties getoetst in de onrechtmatige bedingenleer.³⁴⁴³

1341. *Rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in de onrechtmatige bedingenleer (tweede onderzoeksvraag)* – Als argumenten ter rechtvaardiging van de ontoetsbaarheid van kernbedingen wordt doorgaans verwezen naar de basisbeginselen van de vrije mededinging en de contractvrijheid, enerzijds, en naar het verzet tegen een terugkeer naar de *iustum pretium*-leer, anderzijds. We hebben aangetoond dat geen van beide argumenten de ontoetsbaarheid van kernbedingen kan verklaren.³⁴⁴⁴ Met ons onderzoek hebben we de ontoetsbaarheid van kernbedingen daarentegen onderbouwd aan de hand van de transactiekosten-theorie. Mede op basis van een rechtseconomische analyse hebben we aangetoond dat de transactiekosten-theorie, en niet de misbruik van machtspositie-theorie, de wetgevende en rechterlijke tussenkomst inzake oneerlijke bedingen rechtvaardigt. Daaropvolgend hebben we ook de uitsluiting van de toetsing van kernbedingen aan de hand van deze theorie verklaard. Op basis van de transactiekosten-theorie moet immers worden aangenomen dat het voor de consument de moeite niet loont om tijd en geld te investeren in het onderzoeken en vergelijken van de algemene voorwaarden van de medecontractant. Daaruit volgt dat er geen competitieve markt bestaat voor die standaardbedingen, wat een onaanvaardbare verschuiving van bepaalde risico's naar de consument met zich meebrengt. Die analyse kan niet worden doorgetrokken naar de kernbedingen, die de essentiële bestanddelen van de overeenkomst bepalen. Het argument dat het voor de consument de moeite niet loont om tijd en geld te investeren in het onderzoeken en vergelijken van de bedingen waarin de prijs en het voorwerp van de overeenkomst worden bepaald, gaat vanzelfsprekend niet op. Dat wordt trouwens bevestigd doordat er in beginsel wel degelijk een competitieve markt bestaat op het vlak van prijs en voorwerp.³⁴⁴⁵

³⁴⁴¹ *Supra*, nrs. 1035-1036.

³⁴⁴² *Supra*, nrs. 1055-1060.

³⁴⁴³ *Supra*, nrs. 1075-1083.

³⁴⁴⁴ *Supra*, nrs. 1093-1101.

³⁴⁴⁵ *Supra*, nrs. 1140-1161.

§4. Sluitstuk van het onderzoek: onderzoek naar de nood aan een consumentenrechtelijk instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties

1342. *Aangescherpte probleemstelling en onderzoeksvragen* – De verworven onderzoeksresultaten hebben ons, in de laatste fase van het onderzoek, genoopt tot de formulering van een aangescherpte probleemstelling en onderzoeksvragen. De ontoetsbaarheid van kernbedingen in de onrechtmatige bedingenleer werd gerechtvaardigd door een consequente toepassing van de transactiekosten-theorie in het licht van de vrije mededinging. De vrije mededinging verhindert evenwel niet dat een onevenwicht voorligt tussen de contractuele hoofdprestaties doordat de professionele partij *misbruik* maakt van een ondergeschikte contractuele positie waarin de consument zich *de facto* bevindt op het ogenblik van de contractsluiting.

Daarmee rees de vraag naar de nood aan een consumentenrechtelijk compenserend instrument tot toetsing van het evenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties. *Vooreerst* hebben we hiertoe onderzocht of in die situatie de vrije economische zelfbeschikking van de consument wordt aangetast en, zo ja, of een gemeenrechtelijk instrument daaraan kan verhelpen (principe van subsidiariteit). In dit kader hebben we een nieuwe blik geworpen op de gekwalificeerde benadeling, specifiek benaderd vanuit de contractuele relatie tussen een consument en een professionele partij. *Vervolgens* werd onderzocht in hoeverre de gekwalificeerde benadeling een toereikend compenserend instrument uitmaakt in de contractuele verhouding tussen een consument en een professionele partij.

1343. *Gekwalificeerde benadeling in consumentencontracten: geschikt instrument, doch met knelpunten* – Het onderzoek heeft uitgewezen dat in geval van misbruik van de inferieure positie waarin de consument zich *de facto* bevindt, en dat een onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties met zich meebrengt, de vrije economische zelfbeschikking van de benadeelde consument onvoldoende gevrijwaard wordt. Ons onderzoek heeft uitgewezen dat de gekwalificeerde benadeling het geschikte instrument is om de afwezigheid van (materiële) contractvrijheid in hoofde van de consument te compenseren, en dit zonder een schending van het subsidiariteitsbeginsel.

We hebben aangetoond dat enkele knelpunten een succesvol beroep op de gekwalificeerde benadeling door de consument in de weg staan, met name de enge invulling van de inferioriteit en/of superioriteit in de Belgische rechtspraak en de zware bewijslast inzake het misbruikvereiste. In het kader van ons onderzoek inzake de gekwalificeerde benadeling hebben we echter een zuivere grondslag aangewezen voor deze rechtsfiguur, met afgelijnde toepassingsvoorwaarden en een duidelijke sanctionering tot gevolg. Tevens hebben we gepleit voor een soepele en ruime invulling van sommige toepassingsvoorwaarden, waaronder de omstandigheden van inferioriteit en/of superioriteit (zie *supra* §2 inzake de onderzoeksresultaten aangaande de gekwalificeerde benadeling). Desalniettemin blijkt, mede op basis van rechtsvergelijkend onderzoek, dat de bewijslast inzake het misbruikvereiste in hoofde van de benadeelde contractpartij, in het bijzonder de consument, zwaar blijft.

1344. *Oneerlijke handelspraktijken: concretisering van het misbruikvereiste* – Het probleem van de zware bewijslast hebben wij menen op te lossen door de link te benadrukken met de regelgeving inzake de oneerlijke handelspraktijken. We hebben aangetoond dat het wettelijke kader van de oneerlijke handelspraktijken een rol kan spelen bij het herstel van het onevenwicht tussen de contractuele hoofdprestaties in hoofde van de consument bij toepassing van de gekwalificeerde benadeling. Het wettelijke kader inzake de oneerlijke handelspraktijken reikt zelf geen gepaste sanctie aan tot herstel van de schade die de benadeelde partij heeft opgelopen ten gevolge van een oneerlijke handelspraktijk. Toch kan deze regelgeving belangrijk zijn bij het bewijs van het misbruikvereiste in

het kader van de gekwalificeerde benadeling. Indien kan worden aangetoond dat de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken geschonden werd, dan ligt een fout voor in de zin van de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels. De benadeelde consument moet dan enkel nog de schade en het oorzakelijk verband bewijzen, teneinde herstel van zijn schade te bekomen. Ook indien geen oneerlijke handelspraktijk kan worden bewezen, is een rol weggelegd voor de regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken. Deze regelgeving reikt immers belangrijke elementen aan ter concretisering en inkleuring van het buitencontractuele foutbegrip in het kader van de gekwalificeerde benadeling.

1345. *Rol van de rechter* – Met de bovenstaande bevindingen hebben we een oplossing aangereikt inzake de zware bewijslast in hoofde van de benadeelde consument die zich wil beroepen op de gekwalificeerde benadeling. Daarmee hebben we evenwel de *rol van de rechter* niet belicht, wanneer hij in het kader van een procedure vaststelt dat er een onevenwicht tussen de hoofdprestaties voorligt ten gevolge van misbruik van een inferieure contractuele positie van de consument op het ogenblik van de contractsluiting. Gelet op de eerder aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie in het kader van de ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen³⁴⁴⁶, stellen wij ons de vraag of de rechter in bovenstaande situatie niet evenzeer de gekwalificeerde benadeling ambtshalve zou moeten kunnen opwerpen. Het grote verschil met de toetsing op basis van de onrechtmatige bedingenleer, bestaat erin dat de gekwalificeerde benadeling niet door nietigheid wordt gesanctioneerd krachtens de wet. Daarnaast maakt deze rechtsfiguur ook geen klassiek instrument van consumentenbescherming uit, zoals de onrechtmatige bedingenleer of de regelgeving inzake consumentenkrediet.³⁴⁴⁷ Anderzijds zou het wettelijke kader inzake oneerlijke handelspraktijken ook op dit punt een brug kunnen slaan naar een ambtshalve opwerping. De toekomst zal moeten uitwijzen of, en zo ja hoe, deze piste bewandeld zal worden.

³⁴⁴⁶ *Supra*, nrs. 984-987.

³⁴⁴⁷ *Supra*, nr. 983.

BIBLIOGRAFIE

I. Traités, handboeken en monografieën

A. België

- ANDRIES, K., CARETTE, N. en HOEKX, N., *Kansspel. De wettelijke definitie gewikt en gewogen*, Brugge, die Keure, 2006, 471 p.
- BAERT, G., *Ouderlijke boedelverdeling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1974, 424 p.
- BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 1106 p.
- BALLON, G.L., GEENS, K., STUYCK, J. en TERRY, E., *Inleiding tot het economisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 603 p.
- BELTIENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge*, Brussel, Bruylant, II, 1905, 655 p., III, 1905, 990 p. en V, 1906, 732 p.
- BIQUET-MATHIEU, C., *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, 803 p.
- BOURGOIGNIE, T., *Rechtshulp aan de consument*, Brussel, Bruylant, 1981, 566 p.
- , *La réglementation des prix en Belgique*, Leuven, Vander, 1973, 239 p.
- CAMBIE, P., *Onrechtmatige bedingen*, Gent, Larcier, 2009, 478 p.
- CAUFFMAN, C., *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 952 p.
- CLAEYS, S., *Franchising*, Brugge, die Keure, 2009, 668 p.
- CLOQUET, A., *Deskundigenonderzoek in zaken van privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1975, 255 p.
- COIPEL, M., *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, 205 p.
- COLLE, P., *Algemene beginselen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 217 p.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- , *Beginnelen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, Antwerpen, Maklu, 1989, 744 p.
- DABIN, J., *Le droit subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, 313 p.
- , *La théorie de la cause*, Brussel, Van Fleteren, 1919, 334 p.
- DALCQ, R., *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, 740 p.
- DE BEUS, P., *Overzicht van het burgerlijk recht: wetgeving - rechtsleer - rechtspraak*, Turnhout, Van Mierlo-Proost, 1969, 1108 p.
- DE BOECK, A., *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten. Grondslag, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 572 p.
- DE BONDT, W., *De leer der gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, Kluwer, 1985, 342 p.
- DE CALUWE, A., DELCORDE, A.C. en LEURQUIN, X., *Les pratiques du commerce*, Brussel, Larcier, 2005, losbladig.
- DECKERS, F., *L'échange in Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 1979, 34 p.
- DE CORTE, R., *Overzicht van het burgerlijk recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 653 p.
- DEKKERS, R., *Handboek burgerlijk recht*, Brussel, Bruylant, I, 1972, 953 p., II, 1957, 1015 p. en II, 1971, 1019 p.
- DEKKERS, R., *La lésion énorme*, Parijs, Recueil Sirey, 1937, 176 p.
- DELAHAYE, T., *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Brussel, Bruylant, 1984, 303 p.
- DELI, D., *De privaatrechtelijke positie van de minderjarige bij het stellen van rechtshandelingen: een proeve tot hervorming van het bestaande recht in het licht van de gewijzigde maatschappelijke context*, UA, Antwerpen, 1993, 1300 p.
- DEL MARMOL, C., *La répression de l'usure*, Kortrijk, Drukkerij Groeninghe, 1943, 568 p.
- DELVA, W., *Personen- en familierecht. Vol. 3 - Bekwaamheid en de onbekwamen*, Gent, Story-Scientia, 1972, 82 p.
- DEMOLOMBE, C., *Cours de code civil*, XV dln., Brussel, Stiénon, 1854-1882.
- DEMUYNCK, I., *De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UG, 1999-2000, 856 p.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, X dln., Brussel, Bruylant, 1949-1975.
- , *Le problème de la lésion dans les contrats*, in *Actualités sociales*, Brussel, Lebègue, 1946, 133 p.
- DE PAGE, H., door MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, Brussel, Bruylant, 1997, 767 p.

DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, Bruylant, V, 1975, 1167 p. en IX, 1974, 1128 p.

DERINE, R., *Schets van het romeins privaatrecht. Uitwendige en inwendige geschiedenis*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 424 p.

DE SMET, J.M., *Beginnelsen van burgerlijk recht. Beginselen van gemeen recht*, Brussel, Grandvan, 1977, 623 p.

DE VROEDE, P., *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, die Keure, 1992, 231 p.

–, *Prijsregeling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1976, 270 p.

DE VROEDE, P. en FLAMÉE, M., *Handboek van het Belgisch economisch recht. Band 1*, Deurne, Kluwer, 1988, 608 p.

DILLEMANS, R., *Testamenten*, in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1971, 514 p.

DIRIX, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, Maklu, 1998, 150 p.

DIRIX, E. en BALLON, G.L., *Factuur in APR*, Gent, Story-Scientia, 1993, 278 p.

DIRIX, E., MONTANGIE, Y. en VANHEES, H., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 528 p.

DURANTON, M., *Cours de droit civil*, X dln., Brussel, Hauman, 1841.

FAVRESSE, J.-M., *Réglementation des prix et réglementation économique avant et après la loi Cools*, Brussel, Bruylant, 1977, 445 p.

FERRANT, I., *Les pratiques du commerce (depuis les modifications législatives de 2007)*, Waterloo, Kluwer, 2008, 227 p.

FONTAINE, M., *Droit des assurances*, Brussel, Larcier, 2006, 609 p.

FORIERS, P.A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Brussel, Bruylant, 1998, 218 p.

FREDERICQ, L., *Traité de Droit Commercial belge*, V, Gent, Ed. Fecheyr, 1950, 592 p.

GERLO, J., *Handboek voor familierecht. Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 359 p.

GNEDASI, S., *Het verbod van leonijns beding en zijn invloed op de geldigheid van puts, calls en portageovereenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 2008, 108 p.

GOTZEN, F., *Auteursrecht*, Leuven, K.U.Leuven Faculteit rechtsgeleerdheid, 2002, 286 p.

GOTZEN, M., *Vrijheid van beroep en bedrijf en onrechtmatige mededinging*, Brussel, Larcier, 1962, 599 p.

GRISAY, D., *Introduction au droit belge de la concurrence*, 2009, 362 p.

HARMEL, P., *Théorie générale de la vente: Droit commun de la vente*, in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 1985, losbladig.

HOEKX, N. en VERBEKE, A., *Kansspelen in België. Verslagboek seminars over kansspelen 2008-2009*, Gent, Larcier, 2009, 191 p.

HORION, P., *Nouveau précis de droit social belge*, Luik, Faculté de droit, 1969, 479 p.

KLUYSKENS, A., *Beginnelsen van burgerlijk recht - De schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Standaard, 1947, 479 p.

–, *Beginnelsen van burgerlijk recht - De erfenissen*, Antwerpen, Standaard, 1942, 371.

–, *Beginnelsen van burgerlijk recht - De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1938, 548 p.

–, *Beginnelsen van burgerlijk recht - De verbintenissen*, Gent, Van Rysselberghe & Rombout, 1931, 454 p.

–, *Beginnelsen van burgerlijk recht - De verbintenissen*, Gent, Erasmus, 1925, 367 p.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, XXXI dln., Brussel, Bruylant, 1878.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 711 p. 711.

LEONARD, T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 2005, 894 p.

LIMPENS, J., *La vente en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1960, 828 p.

MATON, A., *Dictionnaire de la pratique notariale belge*, III, Brussel, Alliance Typographique, 1883, 768 p.

MERCHERS, Y. en DE POVER, M.-F., *La vente - Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence (1988-1995)*, in *Les dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 1997, 106 p.

MERLIN, M., *Répertoire de jurisprudence - T. XVIII*, Brussel, Tarlier, 1827, 476 p.

MOUGENOT, D., *Droit des obligations. La preuve*, Brussel, Larcier, 2002, 421 p.

PINTENS, W., VAN DER MEERSCH, B., en VAN WINCKELEN, K., *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire pers, 2002, 997 p.

PINTENS, W., VANWINCKELEN, K. en DU MONGH, J., *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 389 p.

PONET, B., *Commissie Onrechtmatige Bedingen. Voorstelling, werkzaamheden en wetgeving*, Gent, Larcier, 2010, 212 p.

RAUWS, W., *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst: nietigheid, ontbinding en overmacht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 874 p.

RENARD, C., VIEUJEAN, E. en HANNEQUART, Y., *Les Nouvelles. Droit civil. Tome IV: Théorie générale des obligations*, Brussel, Larcier, 1957, 807 p.

ROODHOOFT, J., *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005, losbladig.

ROMAIN, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé: des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (Fraus omnia corrumpit)*, Brussel, Bruylant, 2000, 1023 p.

RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 411 p.

SACE, J., *Le partage d'ascendant*, in *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 1985, 197 p.

SAGAERT, V., *Parking- en garagecontracten*, Brugge, die Keure, 2001, 207 p.

SCHRANS, G., *Preadvies over praecontractuele verhoudingen naar Belgisch recht (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland)*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1967, 44 p.

SCHUERMANS, L., *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 852 p.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht. Boekdeel 2: Familierecht*, Leuven, Acco, 2006, 242 p.

STEENNOT, R., *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 628 p.

STIJNS, S., *Verbintenissenrecht. Boek 2*, Brugge, die Keure, 2009, 186 p.

–, *Verbintenissenrecht. Boek 1*, Brugge, die Keure, 2005, 268 p.

–, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten: onderzoek van het Belgische recht getoetst aan het Franse en het Nederlandse recht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 706 p.

STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962, 475 p.

STRAETMANS, G., *Consument en markt: onderzoek naar de rechtspositie van de consument op de Europese interne markt, met de financiële sector als toetssteen*, Deurne, Kluwer, 1998, 637 p.

TERRY, E., *Bedenkrijden in het consumentenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 686 p.

TILLEMANS, B., *Deel 2 Bijzondere overeenkomsten 1. Verkoop - Deel 1 Totstandkoming en kwalificatie van de koop in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 2001, 680 p.

–, *Lastgeving in APR*, Deurne, Kluwer, 1997, 396 p.

TILLEMANS, B. en VERBEKE, A., *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 321 p.

VAN DEN BERGH, R., DIRIX, E., VANHEES, H. en MONTANGIE, Y., *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 477 p.

VANDEPUTTE, R., *Het aquiliaans foutbegrip*, Antwerpen, Maklu, 1983, 97 p.

–, *De lotsbestemming van het contract in Mededelingen van de Koninklijke Academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, Brussel, Paleis des Academiën, 1979, 17 p.

–, *De overeenkomst. Haar ontstaan, haar uitvoering en verdwijning, haar bewijs*, Brussel, Larcier, 1977, 462 p.

VAN DE WIELE, P., *La vente d'immeubles*, Brussel, De Boeck, 2001, 287 p.

VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

–, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1987, 519 p.

–, *Leerboek Handels- en economisch recht III*, Antwerpen, Standaard, 1979, 753 p.

VAN GERVEN, W., GYSELEN, L., MARESCAU, M., STUYCK, J. en STEENBERGEN, J., *Handels- en economisch recht. Deel 2 Mededingingsrecht B Kartelrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 1089 p.

VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 581 p.

VAN OMMESELAGHE, P., *Droit des obligations. I. Introduction-Sources des obligations (première partie)*, Brussel, Bruylant, 2010, 935 p.

VAN QUICKENBORNE, M., *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Antwerpen, Kluwer, 2007, 153 p.

VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial, I*, Brussel, Bruylant, 1976, 459 p.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935 p.

VERSTEGEN, R., *Beginselen van Romeins privaatrecht. 3. Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 1999, 120 p.

WAELEKENS, L., *Civium causa. Handboek Romeins recht*, Leuven, Acco, 2003, 307 p.

WERY, P., *Droit des obligations. Volume 1 Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 926 p.

–, *Le mandat in Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, 2000, 341 p.

WYLLEMAN, A., *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, Mechelen, Kluwer, 2005, 586 p.

B. Frankrijk

- ARNTZ, E.R.N., *Cours de droit civil français comprenant l'explication des lois qui ont modifié la législation civile en Belgique*, Brussel, Bruylant, II, 1879, 667 p., III, 1879, 574 p., IV, 1879, 514 p., I, 1860, 1159 p. en II, 1863, 855 p.
- AUBRY, C. en RAU, C., *Cours de droit civil français*, Parijs, Cosse, III, 1856, 566 p., V, 1857, 639 p. en VI, 1858, 540 p.
- BACHELET, B., *L'abus en matière contractuelle*, Rijsel, ARNT, 2004, 610 p.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Précis de droit civil*, Parijs, Larose & Forcel, II, 1888, 952 p. en III, 1889, 1025 p.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, 29 dln., Parijs, Larose & Forcel, 1905-1909.
- BENABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Montchrestien, 2005, 693 p.
- BERLIOZ, G., *Le contrat d'adhésion*, Parijs, LGDJ, 1973, 205 p.
- BERTHIAU, D., *Le principe de l'égalité et le droit civil des contrats*, Parijs, LGDJ, 1999, 475 p.
- BEUDANT, C., *Cours de droit civil français, deel VIII, Les contrats et les obligations*, Parijs, Rousseau, 1936, 699 p.
- BLOND, M., *Le fondement de la lésion*, Rijsel, Duriez-Bataille, 1935, 178 p.
- BRICKS, H., *Les clauses abusives*, Parijs, LGDJ, 1982, 286 p.
- BOURRIER, C., *La faiblesse de la partie contractante*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, 570 p.
- CALAIS-AULOY, J. en STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, Parijs, Dalloz, 2006, 681 p.
- CAPITANT, H., *Introduction à l'étude du droit civil*, Parijs, Pedone, 1927, 423 p.
- , *De la cause des obligations*, Parijs, Dalloz, 1927, 506 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, Parijs, PUF, 2000, 665 p.
- CATALA, P., *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Parijs, La documentation française, 2006, 208 p.
- CHANTEPIE, G., *La lésion*, Parijs, LGDJ, 2006, 571 p.
- CHAZAL, J.-P., *De la puissance économique en droit des contrats*, Thèse, Université de droit Grenoble, 1996, 638 p.
- COLIN, A. en CAPITANT, H., *Cours élémentaire de droit civil français*, III dln., Parijs, Dalloz, 1921-1924 en 1934-1936.
- DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé: essai critique*, Parijs, Ed. la mémoire du droit, 2001, 681 p.
- , *Traité des obligations en général*, I, Parijs, Librairie Arthur Rousseau, 1923, 695 p.
- DEMONTE, E., *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, Parijs, LGDJ, 1924, 281 p.
- EL BASSOUNI, O.F., *La lésion en droit comparé*, Parijs, Recueil Sirey, 1943, 160 p.
- FAGES, B., *Droit des obligations*, Parijs, LGDJ, 2007, 631 p.
- FENET, P.A., *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, XV dln., Parijs, Au Dépôt, 1827.
- FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, Parijs, LGDJ, 2002, 644 p.
- FLOUR, J., AUBERT, J.-L. en SAVAUX, E., *Les obligations. L'acte juridique*, Parijs, Sirey, 2006, 439 p.
- GAUTIER, P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, Parijs, PUF, 1999, 749 p.
- GHESTIN, J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Parijs, LGDJ, 2006, 944 p.
- , *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Parijs, LGDJ, 1993, 976 p.
- GHESTIN, J. en GOUBEAUX, C., *Traité de droit civil. Introduction générale*, Parijs, LGDJ, 1994, 891 p.
- GHESTIN, J., JAMIN, C. en BILLIAU, M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, Parijs, LGDJ, 2001, 1340 p.
- IONESCU, O., *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Brussel, Bruylant, 1978, 256 p.
- JOSSERAND, J., *Cours de droit civil positif français*, Parijs, Sirey, I, 1932, 1056 p., II, 1933, 1100 p. en III, 1933, 1100 p.
- KARIMI, A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, Parijs, LGDJ, 2001, 414 p.
- LASBORDES, V., *Les contrats déséquilibrés*, Aix-Marseille, PUAM, 2000, 747 p.
- LE GAC-PECH, S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Parijs, LGDJ, 2000, 572 p.
- LARROUMET, C., *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, III, Parijs, Economica, 2003, 1017 p. en 2007, 608 p.
- LOUIS-LUCAS, P., *Lésion et contrat*, Parijs, Recueil Sirey, 1926, 109 p.
- LUCAS, A. en LUCAS, H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Parijs, Litec, 2001, 1132 p.
- MALAURIE, P., AYNEES, L. en STOFFEL-MUNCK, P., *Les obligations*, Parijs, Defrénois, 2005, 846 p.
- MARCADE, V., *Explication du code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Parijs, Cotillon, III, 1859, 619 p., IV, 1859, 679 p. en VI, 1859, 608 p.

MARTY, G. en RAYNAUD, P., *Droit civil*, Parijs, Sirey, 1988, 826 p.

MACQUERON, J., *Histoire des obligations: le droit romain*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et de sciences politiques, 1971, 498 p.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. en MAZEAUD, J., *Leçons de droit civil*, II, Parijs, Montchrestien, 1956, 1379 p.

MONIER, R., *Manuel de droit Romain*, Parijs, Monchrestien, 1954, 345 p.

MORIN, G., *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Parijs, Félix Alcan, 1927, 167 p.

MOURLON, M., *Répétitions écrites sur le deuxième examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théorique*, Parijs, Marescq & Dujardin, II, 1855, 780 p. en III, 1856, 758 p.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Parijs, Dalloz, 2002, 553 p.

PEROT-MOREL, M.-A., *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Grenoble, Allier, 1961, 295 p.

PICOT, J.B.C., *Code Napoléon expliqué article par article*, Parijs, Menard & David, I, 1871, 804 p. en II, 1871, 784 p.

PIEDELIEVRE, S., *Droit de la consommation*, Parijs, Economica, 2008, 665 p.

PIETTE, G., *La correction du contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2004, 695 p.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, II dln., Parijs, LGDJ, 1926-1928.

PLANIOL, M. en RIPERT, G., *Traité pratique de droit civil français*, XIV dln., Parijs, LGDJ, 1952-1960.

POTHIER, M., *Traité des obligations*, I, Parijs, Letellier, 1805, 388 p.

RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*, Parijs, PUF, 1980, 165 p.

RODIERE, R., *Objet, cause et lésion du contrat*, Parijs, Pedone, 1980, 167 p.

–, *Les vices du consentement dans le contrat*, Parijs, Pedone, 1977, 184 p.

ROUBIER, P., *Le droit de la propriété industrielle*, Parijs, Sirey, 1952, 612 p.

RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Parijs, LGDJ, 1936, 461 p.

–, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parijs, LGDJ, 1927, 435 p.

–, *Droit maritime*, III, Parijs, Rousseau, 1923, 832 p.

STARCK, B., ROLAND, H. en BOYER, L., *Obligations. Contrat*, Parijs, Litec, 1995, 856 p.

TERRE, F., *Juriscompact. Le consommateur et ses contrats*, Parijs, éditions du juris-classeur, 1999, 1245 p.

TERRE, F. en LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Parijs, Dalloz, 1997, 906 p.

TERRE, F., SIMLER, P. en LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, Parijs, Dalloz, 2005, 1474 p.

VALMONT, M., *Le fondement juridique de la lésion dans les contrats entre majeurs*, Parijs, Rousseau et C°, 1938, 130 p.

C. Nederland

ABAS, P., *Benadeling van de medecontractant. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de (on)wenselijkheid van de laesio enormis in de 21e eeuw*, Deventer, Kluwer, 2003, 156 p.

ASSER, C. en HARTKAMP, A.S., *Verbintenissenrecht. Deel II - Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer, Kluwer/Tjeenk Willink, 1997, 575 p., 2001, 609 p. en 2005, 621 p.

CAHEN, J.L.P., *Misbruik van omstandigheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, 35 p.

CAHEN, J.L.P., *Het Nederlands Burgerlijk recht (PITLO). Deel 4 - Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 384 p.

CHEREDNYCHENKO, O., *Fundamental rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, München, Sellier, 2007, 629 p.

FEENSTRA, R., *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Universitaire pers, 1990, 338 p.

GROENEBOOM, P., *De leer der laesio enormis en haar toepassing bij boedelscheiding*, 's Gravenhage, Uitgeverij jongbloed, 1942, 105 p.

HARTLIEF, T., *De vrijheid beschermd*, Deventer, Kluwer, 1999, 90 p.

HESELINK, M.W., *Contractenrecht in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2004, 223 p.

HIJMA, J., *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2003, 105 p.

HONDIUS, E.H., *Consumentenrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 61 p.

–, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht, Rijksuniversiteit Utrecht, 1987, 283 p.

–, *Standaardvoorwaarden. Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidsstoezicht daarop*, Deventer, Kluwer, 1978, 956 p.

HONDIUS, E.H. en RIJCKEN, G.J., *Handboek Consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument*, Parijs, Zutphen, 2006, 516 p.

JONGENEEL, R.H.C., *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, Kluwer, 1991, 351 p.

KASER, M. en WUBBE, F.B.J., *Romeins privaatrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1971, 458 p.

LANGEMEIJER, G.E., *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 139 p.

LEBENS-DE MUG, M.H.S., *Het wilsgebrek misbruik van omstandigheden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, 183 p.

LOOS, M.B.M., *Algemene voorwaarden. Beschouwingen over het huidige recht en mogelijke toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, 156 p.

MEIJERS, E.M., *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, III*, Leiden, Universitaire pers, 1955, 343 p.

–, *Ontwerp van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst*, 's Gravenhage, Staatsdrukkerij- en uitgeverij, 1954, 184 p.

–, *Ontwerp van een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting*, 's Gravenhage, Staatsdrukkerij- en uitgeverij, 1954, 373 p.

NIEUWENHUIS, J.H., *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 163 p.

PITLO, A., *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 3 - algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1979, 477 p.

RODENBURG, P., *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer, Kluwer, 1985, 105 p.

RUITINGA, D.P., *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten*, Deventer, Kluwer, 1982, 254 p.

SCHOORDIJK, H.C.F., *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W.*, Deventer, Kluwer, 1986, 498 p.

SMITS, J.M., *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint, 1995, 363 p.

SPRUIT, J.E., *Cunabula iuris. Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2001, 539 p.

STEIN, P.A., *Misbruik van omstandigheden als grond voor ongeldigheid van rechtshandelingen*, Den Haag, Excelsior, 1957, 198 p.

VAN SCHAICK, A.C., HARTLIEF, T. en DU PERRON, C.E., *Wet en rechtspraak Burgerlijk Wetboek, boeken 3, 5 en 6*, Deventer, Kluwer, 2007, 1094 p.

VAN ZEBEN, C., *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1960, 144 p.

VERHOEVEN, M.A.L., *Algemene voorwaarden getoetst*, Deventer, Kluwer, 1989, 187 p.

X, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Den Haag, Kluwer, 2002, 471 p.

D. Duitsland

BECKER, C., *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik*, Keulen, C. heymanns verlag KG, 1993, 287 p.

BORK, R., *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuchs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 748 p.

BROX, H. en WALKER, W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, Keulen, C. heymanns verlag KG, 2006, 446 p.

DREYER, G., KOTTHOFF, J. en MECKEL, A., *Urheberrecht*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2004, 1549 p.

DREXL, J., *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 681 p.

ERMAN, W., *Bürgerliches Gesetzbuch, I*, Keulen, Otto Schmidt, 2008, 3244 p.

–, *Bürgerliches Gesetzbuch, I*, Keulen, Aschendorff, 2004, 2949 p.

HINGST, K.-M., *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft vom römischen Recht bis in der Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, 536 p.

KÖHLER, H., *BGB Allgemeiner Teil. Ein studienbuch*, München, Beck, 2006, 295 p.

LEIPOLD, D., *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 530 p.

MELLER-HANNICH, C., *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht. Private Freiheit und staatliche Ordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 354 p.

PROCA, Z., *Essai sur la lésion d'après les données de la jurisprudence allemande*, Parijs, Les presses modernes, 1931, 126 p.

PRÜTTING, H., WEGEN, G. en WEINREICH, G., *BGB Kommentar*, Neuwied, Luchterhand, 2008, 3498 p.

–, *BGB Kommentar*, Neuwied, Luchterhand, 2006, 3124 p.

RÜHLE, K., *Das Wucherverbot - effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?*, Berlin, Duncker&Humblot, 1978, 129 p.

KRÜGER, W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§241-432)*, München, Beck, 2007, 2744 p.

SÄCKER, F.J., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil (§§1-240 AGB-Gesetz)*, München, Beck, 2001, 2873 p.

SCHULZE, W.G., *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, Munster, Burlage, 1973, 144 p.

ULMER, P., BRANDNER, H.E., HENSEN, H.-D. en SCHMIDT, H., *AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Keulen, Otto Schmidt, 1987, 1056 p.

WOLF, M., LINDACHER, W.F. en PFEIFFER, T., *AGB-Recht. Kommentar*, München, Beck, 2009, 2440 p.

X., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §305-310; UKLaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*, Berlijn, Sellier-de Gruyter, 2006, 1248 p.

X., *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 1. Allgemeiner Teil §134-163 (Allgemeiner Teil 4)*, Berlijn, Sellier-de Gruyter, 2003, 822 p.

X., *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, München, Beck, 2006, 2859 p.

E. Europa

ACQUIS GROUP (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, München, Sellier, 2007, 311 p.

COLLINS, H., *Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2008, 289 p.

HESELINK, M.W. en LOOS, M.B.M., *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2009, 261 p.

HESELINK, M.W. en DE VRIES, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Deventer, Kluwer, 2001, 189 p.

HOWELLS, G. en SCHULZE, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009, 322 p.

KEIRSBILCK, B., *Foundations of Economic Law in Europe. A Harmonised Law of Unfair Commercial Practices and its Interaction with Competition Law after Modernisation*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KUL, 2009-2010, 594 p.

LANDO, O. en BEALE, H., *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Den Haag, Kluwer, 2000, 561 p.

LETTERMAN, G., *Unidroit's Rules in Practice: Standard international Contracts and Applicable Rules*, Den Haag, Kluwer, 2001, 393 p.

MICKLITZ, H.-W., REICH, N. en ROTT, P., *Understanding EU Consumer Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 378 p.

MICKLITZ, H.-W., STUYCK, J. en TERRY, E., *Cases, Materials and Text on Consumer Law. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2010, 597 p.

NEBBIA, P., *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*, Oxford, Oregon, 2007, 224 p.

REICH, N. en MICKLITZ, H.-W., *Europäisches Verbraucherrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 1268 p.

SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C. en EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, München, Sellier, 2008, 527 p.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE en ACQUIS GROUP (RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW), *Principles, Definitions and Model Rules on European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, München, Sellier, 2009, 1010 p.

TWIGG-FLESNER, C., *The Europeanisation of Contract Law. Current controversies in law*, Londen, Routledge-cavendish, 2008, 210 p.

F. Law&Economics

COOTER, R. en ULEN, T., *Law & Economics*, Reading (Mass.), Addison Wesley, 2008, 582 p.

DE GEEST, G., *Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1994, 568 p.

MACKAAY, E., *Economics of Information and Law*, Boston, Kluwer, 1982, 293 p.

POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2003, 747 p.

G. Andere

- BORKOWSKI, A. en DU PLESSIS, P., *Textbook on Roman Law*, Oxford, University Press, 2005, 417 p.
- DE ZULUETA, F., *The Roman law of sale*, Oxford, Clarendon press, 1945, 266 p.
- OSSIPOW, P., *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé*, Parijs, Recueil Sirey, 1940, 413 p.
- PEEL, E., *Treitel. The Law of Contract*, Londen, Sweet&Maxwell, 2007, 1210 p.
- STONE, R. en CUNNINGTON, R., *Text, Cases and Materials on Contract Law*, Londen, Routledge-Cavendish, 2007, 1229 p.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian Tradition*, Kaapstad, Juta & Co, 1990, 1241 p.

II. Artikels, noten en conclusies in tijdschriften, bijdragen in boeken

A. België

- ALLARD, A., “De la rescision de la vente pour cause de lésion”, *BJ* 1865, 145-153 en 161-164.
- ANDERSEN, R., “Les sanctions en matière de réglementation des prix”, in X., *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, Brussel, Fac. Univ. Saint-Louis, 1982, 291-318.
- , “La réglementation publique des prix. Etat actuel de la question”, *TBH* 1989, 299-332.
- BAERT, F., “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956-57, 490-516.
- BAETEMAN, G., “Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés”, (noot onder Cass. 6 december 1956), *RCJB* 1960, 158-174.
- BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHULDEN, G. en BROUWERS, S., “Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000”, *TPR* 2001, 1551-2093.
- BALATE, E., “Le contrôle des clauses abusives: premier bilan”, *DCCR* 1997, 321-361.
- , “La mise en oeuvre de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs en droit belge”, *ERPL* 1997, 143-149.
- , “Le contrôle des clauses abusives: juge gardien du Code civil ressuscité ou juge entraîneur”, *TBH* 1996, 947-955.
- , “La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur: évaluation au regard du droit européen”, in X., *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1991, 175-217.
- BALLON, G.L., “Commentaar bij artikel 1964-1967 B.W.”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2001, losbladig.
- , “De voorlichting van de cliënt over het aan zijn advocaat te betalen ereloon”, (noot onder Antwerpen 29 mei 2000), *AJT* 2000-2001, 703-706.
- , “Exoneratieclausules in de relatie leverancier-consument”, in J. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, die Keure, 1993, 33-52.
- , “Enkele belangrijke nieuwigheden in de wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de verbruiker”, *DAOR* 1992, 59-95.
- BANMEYER, I., “La loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, les clauses exonératoires et le pouvoir du juge”, *RRD* 1998, 9-28.
- BERNAUW, C., “De bescherming van de consument in het verzekeringsrecht”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 221-260.
- BEYAERT, S., “Vorderingsmogelijkheden voor de koper van een illegaal opgetrokken goed”, *TBBR* 2000, 626-651.
- BIQUET-MATHIEU, C., m.m.v. NOTARNICOLA, S., “La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit”, in C. BIQUET-MATHIEU (ed.), *Sûretés et procédures collectives*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 23-100.
- BOCKEN, H., “Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieel”, in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 213-246.
- , “Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek”, *TBBR* 1988, 268-196.
- BOCKEN, H. en BOONE, I., “Causaliteit in het Belgische recht”, *TPR* 2002, 1625-1693.
- BOLLEN, M., “Precontractuele aansprakelijkheid voor het afspringen van onderhandelingen, in het bijzonder met betrekking tot een acquisitieovereenkomst”, *TBBR* 2003, 136-160.
- BOONE, I., “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit”, in X. (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 52-74.

BOSMANS, M., "Oneerlijke en onrechtmatige bedingen: zijn de artikelen 31 en volgende van de W.H.P.C. compatibel met de EEG-Richtlijn 93/13 van 5 april 1993?", *DCCR* 1993-1994, 678-713.

–, "Standaardbedingen", *TPR* 1984, 33-94.

–, "Les conditions générales en matière contractuelle (1975-1979)", *JT* 1981, 17-24 (deel 1), 33-43 (deel 2) en 53-58 (deel 3).

BOURGOIGNIE, T. en BALATE, E., "Le traitement de clauses abusives en droit belge: examen critique au regard du projet 826 sur le pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", *TBH* 1989, 651-685.

BOURGOIGNIE, T. en DOMONT-NAERT, F., "Belgique", *RIDC* 1982, 519-585.

BRAUN, A., "Commentaires législatifs. Loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires des professions libérales", *JT* 1997, 817-818.

BRUYNEEL, A., "Opérations de banque et droit de la consommation (Quelques réflexions en fin de siècle)", in X., *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 343-375.

CARETTE, N., "Koop met lijfrente. Vernietigbaarheid herbekeken", *RW* 2006-2007, 702-720.

–, "Exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Jura Falc.* 2004-2005, 63-86.

CATTOIR, B., "De dading na schadegeval en het recht van het slachtoffer op bijkomende schadevergoeding", (noot onder Antwerpen 7 februari 1995), *AJT* 1995-1996, 327-330.

CAUFFMAN, C., "Gekwalificeerde benadeling", in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2007, 189-210.

CAUFFMAN, C. en MAILLEUX, B., "De nieuwe wet met betrekking tot de kosteloze borgtocht", *Not. Fisc. M.* 2007, 239-258.

CEREXHE, E., "Le problème de la lésion", *Ann. Dr. Louvain* 1961, 151-164.

CHRISTIAENS, A., "Art. 1674-1685 B.W.", in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2000, losbladig.

CLAASSENS, H. en VAN SCHOUBROECK C., "Commissie voor Verzekeringen. Onrechtmatige bedingen en praktijken in verzekeringen. Eindrapport van de werkgroep 'onrechtmatige bedingen'", in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 213-260.

CLAEYS, I., "Fout, overmacht en rechtsvaardigingsgronden. Zoveel hoofden, ...", in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 1-42.

–, "Ontbinding en nietigheid van overeenkomsten: rechterlijke tussenkomst altijd vereist?", in X. (ed.), *Contractenrecht in beweging*, Mechelen, Kluwer, 2004, 181-195.

–, "Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging", in J. LEYSEN (ed.), *Sancties en nietigheden*, Brussel, Larcier, 2003, 267-332.

CLAVIE, M., "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre les titulaires de professions libérales et leurs clients", M. COIPEL en P. WERY (eds.), *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, Waterloo, Kluwer, 2006, 302-342.

COIPEL, M., "Vers une validation des pactes léonins?", *TBBR* 2002, 4-14.

–, "Encore l'article 1855, alinéa 2, du Code civil: réflexions additionnelles en faveur d'une interprétation renouvelée d'un texte controversé", *TBH* 1995, 132-149.

–, "Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil - Le porteur et le lion", (noot onder Brussel 3 december 1986), *RCJB* 1989, 553-587.

COLLE, P., "La protection du consommateur d'assurance: loi impérative et clauses abusives", in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1995, 1-21.

CONSTANT-DAVID, S., "Des vivants et des morts dans le droit des obligations", *JT* 1977, 649-653.

CORNELIS, L., "Het mijneveld rond de bindende derden- of partijbeslissing", in X., *Liber amicorum TPR en Marcel Storme*, 2004, 69-86.

–, "Ongeschikt voor gevoelige juristen: over de intieme verhouding tussen schade en oorzakelijk verband", in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 247-275.

–, "Over de ontstentenis van overeenstemming met de rechtmatige verwachtingen van de consument als enige (?) en autonome (?) aansprakelijkheidsgrondslag (?) in het consumentenrecht", in X., *Consumentenrecht in beweging*, Louvain-la-Neuve, Centre de la consommation, 1998, 89-134.

–, "Rechterlijke toetsing van onrechtmatige bedingen", in X., *Liber Amicorum P. De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, 313-332.

–, "Aansprakelijkheid in de ban van de goede trouw?", in M. STORME (ed.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. XIXe Post-Universitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys&Breesch, 1993, 1-80.

- , “Precontractual liability. Report for Belgium”, in E. HONDIUS (ed.), *Precontractual liability*, Deventer, Kluwer, 1991, 53-90.
- , “La bonne foi: aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté”, in S. DAVID-CONSTANT (ed.), *La bonne foi*, Luik, Editions du Jeune Barreau, 1990, 17-154.
- , “Rechtsverwerking: een toepassing van de goede trouw?”, *TPR* 1990, 545-640.
- , “La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel”, *TBBR* 1990, 391-425.
- , “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *RW* 1988-1989, 1381-1383.
- , “Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass. 22 maart 1979), *RCJB* 1981, 196-219.
- , “Le dol dans la formation du contrat”, (noot onder Cass. 2 mei 1974), *RCJB* 1976, 37-60.
- CORNELIS, L. en GEELEN, R., “Toetsing aan het algemeen (verbintenissen)recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (art. 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomsten)”, *TBH* 1994, 380-416.
- COUSY, H., “Onevenwichten in verzekeringsovereenkomsten: een verkennende benadering”, in H. COUSY, H. CLAASSENS en C. VAN SCHOUBROECK (eds.), *Actualia verzekeringen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 195-212.
- , “Lectuurnotities en reflecties over ethiek in het zakenleven, in het bijzonder in de verzekeringen”, in F. FLEERACKERS (ed.), *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraak. Liber amicorum J.M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1996, 47-63.
- , “De rol van de goede trouw in het verzekeringscontract”, in G. BAERT (ed.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 11-29.
- COX, L. en GHEUR, C., “La directive sur les pratiques commerciales déloyales. Analyse critique de sa transposition en droit belge et en droit français”, *JTDE* 2008, 197-205.
- DABIN, J. en LAGASSE, A., “Examen de jurisprudence (1948-1951) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *RCJB* 1952, 55-99.
- , “Examen de jurisprudence (1939-1948) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle”, *RCJB* 1949, 50-96.
- DALCQ, R.O. en CRIJNS, M.-A., “Les relations entre assureurs et assurés en droit belge”, in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 389-427.
- DALCQ, R.O. en SCHAMPS, G., “Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *RCJB* 1995, 525-637 en 663-777.
- DAMBRE, M., “Informatieplicht en actiemogelijkheden van partijen bij de aankoop van kunstvoorwerpen”, (noot onder Antwerpen 20 januari 1988), *TBBR* 1990, 38-46.
- DE BAUW, H., “De algemene verbodsbepaling in de relatie verkoper-consument”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 107-142.
- , “Pratiques de commerce. Clauses abusives. Loi du 7 décembre 1998. Nouvelles règles en matière de clauses abusives”, *TBH* 1999, 139-140.
- DE BERSAQUES, A., “La lésion qualifiée et sa sanction”, (noot onder Kh. Brussel 20 februari 1970), *RCJB* 1977, 10-37.
- , “L'abus de droit en matière contractuelle”, (noot onder Luik 14 februari 1964), *RCJB* 1969, 501-533.
- , “La culpa in contrahendo”, (noot onder Luik 3 april 1962), *RCJB* 1964, 277-287.
- , “L'oeuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion”, in X., *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1963, 487-518.
- , “La notion de bonnes moeurs et la sanction y contrevenant”, (noot onder Wrr. Beroep Brugge 29 maart 1957), *RCJB* 1958, 183-198.
- , “Le juge peut-il réduire le salaire stipulé par le locateur d'industrie”, (noot onder Kh. Antwerpen 12 januari 1953), *RCJB* 1954, 190-201.
- , “L'abus de droit”, (noot onder Gent 20 november 1950), *RCJB* 1953, 272-287.
- , “Noot onder Luik 11 januari 1949”, *RCJB* 1950, 323-337.
- DE BOECK, A., “De precontractuele aansprakelijkheid anno 2010”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. Postacademische school voor juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2009-2010, 1-25.
- , “De nieuwe bepalingen in de Wet Handelspraktijken en hun relevantie voor de contractuele relatie en de algemene contractvoorwaarden in het bijzonder”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 19-42.

- , “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, Brugge, die Keure, 2006, 37-100.
- , “Wilsgebreken dwaling en bedrog”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006, losbladig.
- , “Precontractuele aansprakelijkheid”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbladig.
- , “Doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht. De contractvrijheid in het nauw gedreven?”, in X., *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 413-444.
- , “De precontractuele aansprakelijkheid; een vergelijking tussen het Belgische recht en de Principles of European contract law”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 79-98.
- , “De informatieverplichting van de professioneel t.a.v. de consument”, in Y. MERCHERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 1-47.
- DE BOECK, A. en GEENS, H., “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: geruisloze overgang van oud naar nieuw?”, in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (ed.), *Het vermogensrechtelijk bewijsrecht vandaag en morgen*, 2008, 41-96.
- DE BONDT, W., “De wilsgebreken herbekeken. Een studie van de wilsgebreken uitgaande van een feitelijke analyse van de wils- en toestemmingsdefecten”, *TBBR* 1996, 369-403.
- , “Precontractuele aansprakelijkheid”, *TBBR* 1993, 93-117.
- , “Gebruik en misbruik van de economische machtspositie in het contractenrecht”, (noot onder Brussel 7 november 1986), *TBBR* 1987, 147-156.
- , “De invloed van de nalatigheid van de bedrogene op de vordering tot nietigverklaring en/of op de vordering tot schadeloosstelling”, *TPR* 1986, 1183-1224.
- , “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, 95-125.
- DE BROUWER, L., “De oneerlijke handelspraktijken en de gereglementeerde handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 143-166.
- DE BROUWER, L. en SORREAU, G., “La nouvelle loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur: une occasion manquée”, *TBH* 2008, 371-401.
- DE CALUWE, A., “Clauses abusives, conditions générales de vente et de service, règlement général d'opérations bancaires, contrats de prêt hypothécaire et d'assurance”, in X., *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, Gent, Story-Scientia, 1993, 445-509.
- , “Weigering van verkoop”, in G. SCHRANS en J. GROOTAERT (eds.), *Ekonomisch en financieel recht vandaag*, Gent, Gakko, 1972, 281-298.
- DE CONINCK, B., “Les sanctions des manquements précontractuels à la lumière de quelques législations récentes en droit des contrats”, *TBBR* 1998, 195-209.
- DE CONINCK, J., “Toetsing van de geoorlooftheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken”, *TBBR* 2004, 301-323.
- DECHARNEUX, J., “La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales”, *T. Vred.* 2003, 140-145.
- DEKKERS, R., “De la protection de l'institué contractuel contre les aliénations à titre onéreux”, (noot onder Cass. 11 april 1958), *RCJB* 1958, 154-160.
- DELFORGE, C., “Clauses abusives, office du juge et renonciation”, (noot onder Luik 6 februari 2006), *JLMB* 2008, 93-100.
- DELI, D., “De leer van de gekwalificeerde benadeling en de verhouding tot de imprevisieer”, (noot onder Antwerpen 21 januari 1986), *RW* 1986-87, 1494-1502.
- DELNOY, P., “L'option héréditaire”, in *Répertoire notarial. Boek I. De erfenissen*, Brussel, Laricier, 1994, 104-109.
- DELVAUX, P.H., “Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 73-100.
- DE LY, F., “Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht”, *RW* 1991-1992, 1141-1160.
- DEMUYNCK, I., “Bedingen tot bepaling van de dekkingsomvang in verzekeringsovereenkomsten: toetsbaar (onrechtmatig) beding of ontoetsbaar kernbeding?”, *TBBR* 2002, 413-434.
- , “Onrechtmatige bedingen en de financiële sector: het uitzonderingsregime van de WHPC”, *Bank Fin. R.* 2001, 67-87.

- , “De consument en de onrechtmatige contractuele bedingen”, in Y. MERCHIEERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, die Keure, 1998, 50-122.
- , “De wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing?”, *RW* 1997-1998, 1313-1335 en 1345-1370.
- , “De onrechtmatige bedingen”, *AJT-Dossier* 1995-1996, 1-28.
- DE VROEDE, P., “Prijsgereguleerder”, in X., *Recht voor de onderneming*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbladig.
- , “De prijsregulering in een gedeeltelijk nieuw kleedje”, *TBH* 1994, 6-14.
- , “De normale prijs”, (noot onder Corr. Turnhout 13 maart 1999), *RW* 1989-90, 1099-1100.
- DE VROEDE, P., MERCHIEERS, Y. en DEMUYNCK, I., “Overzicht van rechtspraak. Algemeen handelsrecht, handelspraktijken en consumentenbescherming (1992-1997)”, *TPR* 1999, 131-512.
- DHAENENS, D., “Interactie verzekeringen-Wet Handelspraktijken”, in X., *Verzekeringenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1998, 141-162.
- DIEUX, X., “Développements de la maxime ‘Fraus omnia corrumpit’ dans la jurisprudence de la cour de cassation de Belgique”, in P.A. FORIERS (ed.), *Actualité du droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2005, 125-154.
- , “Tendances générales du droit contemporain des obligations ‘réforme et contre-réforme’”, in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2000, 1-41.
- , “Noot onder Luik 20 oktober 1989”, *TBH* 1990, 528-533.
- , “Le contrat: instrument et objet de dirigisme”, in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 255-306.
- DILLEMANS, R. en VERSTRAETE, J., “Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1961-1967”, *TPR* 1968, 371-400.
- DIRIX, E., “De kosteloze borgtocht”, *RW* 2007-2008, 218-223.
- , “Bezwarende bedingen en verzekeringscontracten”, in X., *Liber Amicorum P. De Vroede*, Diegem, Kluwer, 1994, 691-698.
- , “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 289-317.
- , “De bezwarende bedingen in de W.H.P.”, *RW* 1991-1992, 562-572.
- , “Exoneratiebedingen”, *TPR* 1988, 1171-1203.
- , “Over de beperkende werking van de goede trouw”, *TBH* 1988, 660-666.
- , “Grondrechten en overeenkomsten”, in X., *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 35-91.
- , “De kwijting ‘voor saldo van rekening’”, (noot onder Arbrb. Brussel 12 maart 1991), *RW* 1981-1982, 190-200.
- , “La réductibilité du salaire du mandataire: survivance d’une tradition”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *RCJB* 1982, 522-544.
- DIRIX, E. en VAN OEVELEN, A., “Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992)”, *RW* 1992-1993, 1209-1237 en 1249-1265.
- , “Verbintenissenrecht (1978-1979 & 1979-1980)”, *RW* 1980-1981, 2367-2396 en 2435-2478.
- DOMONT-NAERT, F., “Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge”, in J. GHESTIN en M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 219-240.
- , “Obligation de renseignement et confiance légitime”, *TBH* 1986, 109-114.
- DUBUISSON, B., “Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n’est pas raison”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 1-51.
- , “Les contrats aléatoires Livre III - Titre XII”, *JT* 2004, 327-334.
- , “Libres propos sur la faute aquilienne”, in X., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Brussel, Larcier, 2003, 125-161.
- , “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d’inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, die Keure, 2001, 33-91.
- DU MONGH, J., “Commentaar bij artikel 783 B.W. Erfenissen, schenkingen en testamenten”, in X., *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbladig.
- DURANT, I., “Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité”, in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, 53-96.
- , “La rupture unilatérale des pourparlers ou l’exercice d’une liberté surveillée”, in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2008, 39-85.
- , “La causalité, simple trait d’union ou véritable variable d’ajustement?”, in P. WERY (ed.), *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, 37-81.

- FAGNART, J.-L., "La requalification des clauses du contrat d'assurance", in X., *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 665-679.
- , "L'étendue de la garantie, in M. FONTAINE (ed.), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1995, 23-71.
- , "Les contrats de consommation en droit civil classique", in X., *La promotion des intérêts des consommateurs au sein d'une économie de marchés*, Gent, Story-Scientia, 1993, 111-172.
- , "Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur", *TBH* 1991, 258-298.
- FALLY, J., "Réductibilité du salaire du mandataire", (noot onder Luik 21 juni 1949), *RCJB* 1951, 50-56.
- FAURE, M., "De toepassing van exoneratiebedingen in het parkeercontract", *RW* 1982-1983, 2161-2178.
- FLAMÉE, M., "Onrechtmatige bedingen", *TBH* 1993, 630-649.
- , "Algemene bepalingen betreffende de verkoop van produkten en diensten aan de consument", in P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, die Keure, 1992, 77- 92.
- , "De onrechtmatige bedingen", in P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, die Keure, 1992, 93-110.
- FLAMÉE, M. en TROCH, K., "De invloed van de E.G.-richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten op het heersend Belgisch recht", *TBH* 1996, 28-57.
- FONTAINE, M., "La protection de la partie faible dans les rapports contractuels", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 615-652.
- , "Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats", in M. FONTAINE en J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, Parijs, LGDJ, 1992, 40-66.
- , "Portée et limites du principe de la convention-loi", in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 163-190.
- FORIERS, P.A., "Espaces de liberté en droit des contrats", in X., *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Brussel, Bruylant, 2007, 25-60.
- , "L'objet", in X., *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*, Brussel, Bruylant, 1994, 66-89.
- , "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", (noot onder Cass. 30 januari 1992), *RCJB* 1994, 189-240.
- , "Portage et clause léonine (observations sur le champ d'application de l'article 1855 du code civil)", in X., *Hommage à Jacques Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 149-164.
- , "L'objet et la cause du contrat", in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 101-161.
- FRERIKS, D., "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *TPR* 1992, 1187-1260.
- GATHEM, G. en LAFFINEUR, J., "Les clauses abusives dans les contrats conclus entre vendeurs et consommateurs", in M. COIPEL en P. WERY (ed.), *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2006, losbladig.
- GEENS, H., "De grondslagen van de culpa in contrahendo", *Jura Falc.* 2003-2004, 433-460.
- GEENS, K., "De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap", *TPR* 1990, 1631-1683.
- GEENS, K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R. en VANANROYE, J., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1992-1998", *TPR* 2000, 99-538.
- GEENS, K. en LAGA, H., "Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen 1986-1991", *TPR* 1993, 933-1197.
- GOOSSENS, N., "Commentaar bij artikel 32 W. Venn.", in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2003, losbladig.
- GOOSSENS, W., "Reductie van het loon bij dienstenovereenkomsten: grondslagen en perspectieven", (noot onder Rb. Hasselt 3 april 2000), *TBBR* 2002, 276-283.
- GOUX, C., "L'erreur, le dol et la lésion qualifiée: analyse et comparaisons", *TBBR* 2000, 6-41.
- , "La violence dans la formation des actes juridiques", in P. WERY (ed.), *La théorie générale des obligations. Suite*, Luik, Editions Formation Permanente CUP, 2002, 305-341.
- HANNEQUART, Y., "Le principe de proportionnalité en droit privé belge", in X., *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Luik, Editions du Jeune Barreau, 1995, 125-149.
- HENDRICKX, R., "Het vergeten wilsgebrek", *Jura Falc.* 1989-1990, 179-207.
- HERBOTS, J.H., "De exoneratiebedingen in het gemeen recht", in J.H. HERBOTS (ed.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, die Keure, 1993, 1-20.

- , “De goede trouw in de precontractuele rechtsverhoudingen. De problematiek van de afgebroken onderhandelingen”, in X., *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1987, 31-96.
- HEREMANS, S., “Le bouleversement de l’économie contractuelle à la suite d’un changement de circonstances: quelques éclairages nouveaux”, *TBBR* 2000, 479-503 (deel 1) en 572-589 (deel 2).
- HUBEAU, B. en RAUWS, W., “De toepassing van de leer van het rechtsmisbruik in het huurrecht (1)”, *TBBR* 1987, 113-128.
- JOCQUÉ, G., “Onrechtmatig beding in verzekeringsovereenkomst”, (noot onder Cass. 12 oktober 2007), *NjW* 2008, 122-123.
- KERRELS, J.L. en DECLOEDT, S., “Onrechtmatige bedingen”, in S. ONGENA (ed.), *Algemene voorwaarden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 173-205.
- ’t KINT, F., “Négociation et conclusion du contrat”, in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 7-51.
- KIRKPATRICK, J., “La maxime Fraus omnia corrumpit et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime”, *JT* 2003, 573-578.
- KLUYSKENS, M., “Rapport sur la lésion dans les contrats. Sur l’état de la question en Belgique”, in X. (ed.), *Travaux de l’association H. Capitant*, 1946, 199-208.
- KRUIITHOF, R., “Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling”, *TPR* 1988, 940-947.
- , “Les clauses d’exonération totale ou partielle de responsabilité - Rapport belge”, in X., *In memoriam Jean Limpens*, 1987, 165-203.
- , “Leven en dood van het contract”, *RW* 1985-1986, 2731-2768.
- , “Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *TPR* 1984, 233-298.
- , “La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d’incertitude juridique”, (noot onder Cass. 21 april 1980), *RCJB* 1980, 97-120.
- , “Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen”, *TPR* 1983, 495-717.
- KRUIITHOF, R., BOCKEN, H., DE LY, F. en DE TEMMERMAN, B., “Overzicht van rechtspraak (1981-1992). Verbintenissen”, *TPR* 1994, 171-721.
- KRUIITHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., “Overzicht van rechtspraak (1965-1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, 439-497.
- LANNON, T., “La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire”, (noot onder Cass. 6 maart 1980), *W. Akte* 1996, 142-153.
- LEBBE, I., “Art. 32 C. Soc.”, in X., *Commentaire systématique du ‘nouveau’ Code des sociétés*, Brussel, Kluwer, 2002, losbladig.
- LIEVENS, J. en BONNY, N., “Het verbod van Leonijns beding: eindelijk een houvast?”, (noot onder Cass. 5 november 1998), *V&F* 1999, 43-47.
- LIMPENS, J., “Examen de jurisprudence (1949 à 1952). Les obligations”, *RCJB* 1953, 48-87.
- LIMPENS, J. en KRUIITHOF, R., “Rechtsvergelijkende aantekeningen bij het begrip rechtsmisbruik”, in X., *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Deurne, Kluwer, 1973, 655-678.
- , “Examen de jurisprudence (1964 à 1967). Les obligations”, *RCJB* 1969, 187-304.
- , “Examen de jurisprudence (1960 à 1963). Les obligations”, *RCJB* 1964, 467-551.
- LIMPENS, J. en VAN DAMME, J., “Examen de jurisprudence (1953-1955)”, *RCJB* 1956, 199-239.
- , “Examen de jurisprudence (1956-1959). Les obligations”, *RCJB* 1960, 337- 456.
- LOUVEAUX, B., “Vente immobilière. Lésion des sept douzièmes”, *Immobilier* 2004, n° 21, 1-4.
- MAR, C., “La réductibilité de la rémunération de l’agent immobilier: à la recherche d’un fondement commun et contemporain”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RRD* 2004, 123-128.
- MARCHANDISE, P., “La libre négociation: droits et obligations des négociateurs”, in X., *Het contract in wording*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1987, 3-30.
- MASSON, J.P., “Les foberies silencieuses”, (noot onder Cass. 8 juni 1978), *RCJB* 1979, 527-542.
- MATTHYS, J. en BAETEMAN, G., “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Verbintenissen”, *TPR* 1966, 67-136 en 225-299.
- MONTANGIE, Y., “De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken: de weg vrij voor grensoverschrijdende handelstransacties?”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 5-18.
- MONTERO, E., “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Rapport belge”, in M. FONTAINE en G. VINEY (eds.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 2001, 393-434.

- NIHOUL, P., "Les consommateurs depuis le code civil: développement progressif de diverses formes de protection", in A. WUFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 543-562.
- NUDELHOLE, S., "L'obligation sans cause, l'obligation sur une fausse cause et l'erreur sur le mobile déterminant", in X., *Mélanges John Kirkpatrick*, Brussel, Bruylant, 2004, 711-742.
- ONGENA, S. en VANPETEGHEM, V., "Betalingsachterstand bij handelstransacties", *NjW* 2003, 366-375.
- PARMENTIER, C., "La volonté des parties", in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1984, 55-98.
- PHILIPPE, D., "Les clauses de force majeure, d'imprévision et de transfert de risques", in P. WERY (ed.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, de Keure, 2001, 15-31.
- , "La protection de la partie faible en droit international", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 553-582.
- , "Rapport belge", in X., *La bonne foi*, Parijs, Litec, 1992, 61-76.
- , "De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst", in M. STORME, Y. MERCHERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen. XVI^e postuniversitaire cyclus W. DELVA 1989-90*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 545-564.
- , "Boekbespreking. W. De Bondt - De leer der gekwalificeerde benadeling", *JT* 1988, 346-347.
- PONET, B., "Korte beschouwingen naar aanleiding van de wetwijziging van 5 juni 2007", in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 299-303.
- PUELINCKX-COENE, M., VERSTRAETE, J., GEELHAND, N. en VERHAERT, I., "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen 1996-2004", *TPR* 2005, 449-744.
- RAUWS, W., "Misbruik van contractuele rechten: het cassatiearrest van 19 september 1983", *TBH* 1984, 244-263.
- , "Behoort het rechtsmisbruik in overeenkomsten, inzonderheid bij ontslag van bedienden, tot de rechtsgeschiedenis?", *RW* 1983-1984, 279-292.
- RESIMONT, N., "La lésion qualifiée", *JT* 2007, 524-525.
- RIMANQUE, K. en PEETERS, P., "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling", in X., *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1983, 1-34.
- ROMAIN, J.-F., "Solitaire ou solidaire – solitaire et solidaire dans le contrat: l'acte unilatérale et le contrat: conclusion générale", in X., *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2008, 427-486.
- , "Le principe de la convention-loi (portée et limites): réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel", in X., *Les obligations contractuelles*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2000, 43-146.
- , "L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme", in X., *L'ordre public: concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 5-61.
- , "La liberté de commerce et le refus de contracter", *TBBR* 1994-1995, 440-462 en 7-25.
- , "Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations", *JT* 1993, 749-756.
- ROMMEL, G., "De informatieplicht in het consumentenrecht", *RW* 1983-1984, 2273-2312.
- RONSE, J., "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, 207-221.
- RONSE, J., NELISSEN GRADE, J.M., VAN HULLE, K., LIEVENS, J. en LAGA, H., "Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Vennootschappen", *TPR* 1986, 859-1023.
- SAGAERT, V. en SAMOY, I., "De Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties. Een verwittigd wanbetaler is er twee waard.", *RW* 2002-2003, 321-334.
- SAMOY, I., "Hoe Europees kleurt het Belgische privaatrecht anno 2010? Kapstokken voor de praktijk die geconfronteerd wordt met Europese invloeden op het Belgische contractenrecht", in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. Postacademische school voor juridische vorming*, 2009-2010, 105-130.
- SCHAMP, J. en VANDEN ABEELE, M., "La nouvelle réglementation des clauses abusives: champ d'application et problèmes de droit transitoire", *JT* 1992, 585-599.
- SCHAMPS, G., "La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité", *Rev. dr. pén.* 1994, 375-396.
- SCHUERMANS, L., VAN OEVELEN, A., PERSYN, C., ERNST, P. en SCHUERMANS, J.-L., "Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 851-1431.
- SEGHERS, P., "Ascendentenverdeling bij akte onder de levenden - Benadeling bedragende meer dan één vierde - tijdstip der schatting", *T. Not.* 1946, 81-86.

- SLUYTS, C., “Art. 887 B.W. - 892 B.W.”, in X., *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1997, losbladig.
- , “Gevolgen en oorzaken van onvolkomenheid van de verdeling”, in X., *Liber Amicorum Roger Dillemans - Deel 1. Familierecht en familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 271-310.
- SMITS, R., STIJNS, S. en VANDERSCHOT, K., “Algemene bankvoorwaarden”, in B. TILLEMANS (ed.), *Bankcontracten*, Brugge, die Keure, 2004, 1-58.
- STEENNOT, R., “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2003-2007)”, *TPR* 2009, 229-556.
- , “De gevolgen van de nieuwe regelgeving inzake oneerlijke handelspraktijken op reclame en promotietechnieken”, in A. DE BOECK en Y. MONTANGIE (eds.), *De nieuwe bepalingen in de Handelspraktijkenwet*, Brugge, Vanden Broele, 2008, 43-84.
- , “Kroniek handelspraktijken (1999-2004)”, *RW* 2005-2006, 521-538.
- , “Art. 31-36 W. 14 juli 1991”, in X., *Handels- en economisch recht. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2004, losbladig.
- , “Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (1998-2002)”, *TPR* 2004, 1721-2056.
- STERCKX, D., “Le mandataire malgré lui ou la rançon perdue”, *Rev. not. b.* 1980, 281-286.
- STIJNS, S., “De beëindiging van verbintenissen: recente evoluties inzake betaling, nietigheid, ontbindende voorwaarde en verval”, in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbindenissenrecht. Themis. Postacademische school voor juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2009-2010, 25-71.
- , “La dissolution du contrat par un acte unilatéral en cas de faute dans l’exécution ou de vice de formation”, in X. (ed.), *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 2008, 325- 426.
- , “De sanctionering van de wilsgebreken”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, Brugge, die Keure, 2006, 131-168.
- , “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 79-100.
- , “Les contrats et les tiers”, in P. WERY (ed.), *Les droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Brugge, die Keure, 2004, 189-239.
- , “Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 225-264.
- , “Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie”, *RW* 2001-2002, 1258- 1286.
- , “Zijn onrechtmatige bedingen nietig?”, in X., *Liber amicorum Y. Merchiers*, 2001, 921-946.
- , “De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998”, *TBH* 2000, 148-169.
- , “Onrechtmatige bedingen”, in J. STUYCK en G. STRAETMANS (eds.), *Recente wetswijzigingen inzake handelspraktijken*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 187-246.
- , “Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l’exécution de bonne foi des contrats et l’abus de droits contractuels”, *JT* 1990, 33-44.
- STIJNS, S. en GEENS, H., “Glorie en teloorgang van het verval van rechtshandelingen wegens de verdwijning van hun subjectieve oorzaak. Een duiding van het cassatiearrest van 12 december 2008 inzake schenkingen”, in W. PINTENS en C. DECKLERCK (eds.), *Patrimonium*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 299-325.
- STIJNS, S. en SAMOY, I., “La confiance légitime en droit privé des contrats”, in E. DIRIX en Y.-H. LELEU (eds.), *The Belgian Reports at the Congress of Utrecht of the International Academy of Comparative Law*, Brussel, Bruylant, 2006, 223-280.
- STIJNS, S., VAN GERVEN, D. en WÉRY, P., “Chronique de jurisprudence. Les obligations: le régime général de l’obligation (1985-1995)”, *JT* 1999, 821-853.
- , “Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)”, *JT* 1996, 689-752.
- STORME, M.E., “Beginselen van Europees overeenkomstenrecht. Aangevulde versie - Nederlandse tekst”, *TPR* 2005, 1181-1241.
- , “De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing”, *TPR* 1988, 259-1293.
- STRAETMANS, G., “Een kritische doorlichting van het toepassingsgebied van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de belgische omzettingswetgeving”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYNS (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 1-50.
- STUYCK, J., “Agressieve handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYNS (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 87-106.

- , “De handelspraktijkenwet na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Kritiek en praktische vragen”, in X. (ed.), *Recht in beweging*, 2008, 117-135.
- , “Politique européenne de la consommation”, *Jurisclasseur Europe Traité* 2008, 1-23.
- , “Cliënt maakt best duidelijke afspraken over ereloon”, *Juristenkrant* 2007, afl. 147, 9.
- , “De nieuwe richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Gevolgen voor de wet op de handelspraktijken”, *TBH* 2005, 901-915.
- , “Case Law. Joined Cases C-240/98 to C-244/98, Océano Grupo, Judgment of the Full Court of 27 June 2000”, *CMLR* 2001, 719-737.
- , “European Consumer Law after the treaty of Amsterdam: consumer policy in or beyond the internal market?”, *CMLR* 2000, 367-400.
- , “De norm achter de regel in het mededingingsrecht”, in X., *De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen. Hommage aan Marcel Storme*, Gent, Story Scientia, 1995, 83-99.
- , “De Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument. Algemene inleiding en toepassingsgebied”, in J. STUYCK en P. WYTINCK (eds.), *De nieuwe wet handelspraktijken*, Mechelen, Kluwer, 1992, 1-36.
- , “Algemene definities”, in P. DE VROEDE (ed.), *Handelspraktijken. Het nieuwe in de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument*, Brugge, die Keure, 1992, 7-15.
- STUYCK, J., BUELENS, I. en COUNYE, D., “Verkoopsweigeren en eerlijke handelsgebruiken”, *TBH* 1995, 786-805.
- STUYCK, J. en TERRYEN, E., “Prijnsreglementering”, in X., *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2001, losbladig.
- , “Le droit européen de la consommation. Développements récents”, *JTDE* 2007, 257-266.
- STUYCK, J., TERRYEN, E. en VANDYCK, T., “Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market”, *CMLR* 2006, 107-152.
- STUYCK, J. en VAN DE WALLE DE GELCKE, B., “Weigering van verkoop en van levering”, *TBH* 1984, 323-347.
- SWAENPOEL, E., “Geweld, benadeling en gekwalificeerde benadeling: een stand van zaken naar Belgisch recht”, in R. VAN RANSBEECK (ed.), *Wilsgebreken. Leerstoel Professor C. Matheeußen*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129.
- , “Recente ontwikkelingen van de leer der wilsgebreken, met aandacht voor toepassingen in koopcontracten”, in X., *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2006, 331-356.
- , “De onrechtmatige bedingen: evolutie naar het ambtshalve opwerpen van de relatieve nietigheid”, (noot onder Gent 3 maart 2004), *DCCR* 2005, 71-82.
- SWENNEN, H., “Het voorstel van richtlijn consumentenrechten en de regeling van oneerlijke bedingen in overeenkomsten”, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, 2009, 55-100.
- , “De invloed van het Europese recht op het Belgische consumentenrecht”, *DCCR* 1992, 3-51.
- , “De nieuwe prijsreglementering”, *DCCR* 1988-89, 148-154.
- , “Le consommateur et la réglementation des prix: représentation et information”, in T. BOURGOIGNIE en J. GILLARDIN (eds.), *Droit des consommateurs. Clauses abusives, pratiques de commerce et réglementation des prix*, Brussel, Fac. Univ Saint-Louis, 1982, 319-354.
- , “Prijnsreglementering in België”, *SEW* 1981, 27-61.
- , “De prijsreglementering”, *TPR* 1979, 455-491.
- SWENNEN, L., “Over art. 909 B.W. en feitelijk vermoeden van beïnvloeding en captatie”, (noot onder Antwerpen 21 september 1977), *RW* 1977-78, 1957-1962.
- TERRYEN, E., “Koppelverkoop en andere per se verboden in de WHPC (toekomstige Wet Marktpraktijken en Consumentenbescherming) na het VTB-VAB-arrest van het Europees Hof van Justitie”, *RW* 2009-10, 1242-1250.
- , “Misleidende en vergelijkende praktijken na de omzetting van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken”, in G. STRAETMANS, J. STUYCK en E. TERRYEN (eds.), *De wet handelspraktijken anno 2008 (Handelspraktijken na omzetting Richtlijn 2005/29)*, Mechelen, Kluwer, 2008, 51-86.
- , “De omzetting van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken in België: reculer pour mieux sauter?”, *TvC* 2008, 25-33.
- , “The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis”, *TvC* 2007, 105-110.
- , “Actualiteit. Omzetting van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *DCCR* 2007, 107-112.
- THILLY, A., “Les dates de valeur en droit belge”, *JT* 1995, 753-763.

- THUNIS, X., "Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat", in X., *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Brussel, Larcier, 2003, 521-542.
- TRIGAUX, J.-M., "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats", *Ann. Dr. Louvain* 1997, 189-238.
- VAEL, L., "Enkele beschouwingen betreffende het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (imprevisieel): omtrent de lotsverbondenheid van contractspartijen bij een gewijzigd contractueel verhoudingskader", in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 174-242.
- VAN ACKER, C., "De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument en de financiële diensten", in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 491-552.
- VAN BAEVEGHEM, B., "De beer, zijn vel en de hoogste bieder: het aanbod in de vrijwillige openbare verkoop", (noot onder Antwerpen 25 maart 2003), *TBBR* 2004, 484-495.
- VAN BEVER, L., "Het verbod van leonijs beding", *TBH* 2000, 268-271.
- VAN BUNNEN, L., "La loi sur les pratiques du commerce et son incidence sur les contrats", in X., *Hommage à Jacques Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 491-507.
- VAN DEN BERGH, R., "De vernieuwde regeling van de reclame in de Wet handelspraktijken 1991: geen reclame voor de Belgische wetgever", *Jaarboek Handelspraktijken* 1992, 56-114.
- VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., WYNANT, L. en DEBAENE, M., "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)", *TPR* 2000, 1551-1955.
- VANDEN BERGHE, O., "Exoneratiebedingen anno 2010 in nationale en internationale overeenkomsten", in S. STIJNS, I. SAMOY en A. DE BOECK (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis*, Brugge, die Keure, 2009-2010, 73-103.
- , "Exoneratiebedingen in het gemeen recht en in het consumentenrecht", in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 41-75.
- VAN DEN HAUTE, E., "Le règlement général des opérations de banque et les clauses abusives vers la consécration du concept du 'consommateur responsable'", (noot onder Luik 26 januari 2007), *Bank Fin.R.* 2007, 351-355.
- VANDERMERSCH, M., "Le sort réservé au contrat suite à un changement de circonstances entraînant le bouleversement de l'économie contractuelle", *TBBR* 2001, 193-209 en 269-279.
- VANDERSCHOT, K., "De bestrijding van discriminatie in het gemeen contractenrecht", in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *Antidiscriminatiwet en contracten*, Brugge, die Keure, 2006, 43-68.
- VAN DIEVOET, E. en VAN DIEVOET, G., "Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé de l'agent d'affaires. Histoire d'une jurisprudence", in X., *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Parijs, Sirey, 1963, 911-938.
- VAN EECKHOORN, K., "De vordering o.g.v. benadeling: is de kantmelding van deze vordering verplicht en kan deze vordering worden ingesteld bij verkoop tegen lijfrente", (noot onder Brussel 18 mei 1998), *AJT* 1999-2000, 51-54.
- VAN GERVEN, W., "Voorafgaande titel. Economisch grondslagenrecht. Handels- en economisch recht. Deel 1 Ondernemingsrecht; Vol. A", in *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 19-60.
- , "Beginnelsen van behoorlijk handelen", *RW* 1982-1983, 691-978.
- , "Variaties op het thema misbruik", *RW* 1979-1980, 2467-2500.
- , "Matiging van verhogingsbedingen", *RW* 1976-77, 1380-1382.
- , "Schets van het Belgisch Economisch grondslagenrecht", *SEW* 1971, 404-428.
- VAN GERVEN, W. en DEWAELE, A., "Goede trouw en getrouw beeld", in X., *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 103-126.
- VAN GOMPEL, H., "Over de toepassing van artikelen 31-32 WHP", (noot onder Vred. Antwerpen 27 juli 1994), *TBH* 1995, 327-337.
- , "De onrechtmatige bedingen in de WHPC: een (eerder onbekende?) uitweg voor de consument", (noot onder Vred. Tongeren 8 april 2004), *Limb. Rechtsl.* 2004, 193-196.
- VERHOEVEN, A., "Consument en interne markt-beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten", *SEW* 2009, 367-373.
- VAN HOUTTE, J., "De bevoegdheid van de rechter om overeenkomsten te wijzigen", *RW* 1939-40, 1130-1146.
- , "La rescision des ventes aléatoires pour cause de lésion", *Rev. prat. not. b.* 1935, 161-167.
- VAN KEER, A., "Onrechtmatige bedingen in consumentenovereenkomsten", *Jura Falc.* 1995-1996, 287-307.
- VAN NESTE, F., "Misbruik van recht", *TPR* 1967, 339-367.
- VAN OEVELEN, A., "Exoneratiebedingen en vrijwaringsbedingen", in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 1-36.

- , “Overmacht en improvisatie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, 603-633.
- , “Recente vernieuwde cassatierechtspraak inzake schade en schadeloosstelling in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht”, in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Brussel, Larcier, 2005, 201-246.
- , “Kroniek van het verbintenissenrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-2005, 1641-1670.
- , “Exoneratieclausules”, in L. DE MEYERE, A. VAN OEVELEN en F. WALSHOT, *Nuttige tips voor goede contracten*, Mechelen, Kluwer, 2004, 26-47.
- , “De bevoegdheid van de feitenrechter om het overdreven loon van de lasthebber te verminderen: het Hof van Cassatie herbevestigt zijn rechtspraak”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *RW* 2003-2004, 1298-1299.
- , “Is voor de nietigheid van een overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak vereist dat deze gemeen is aan beide partijen?”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RW* 2002-2003, 417-421.
- , “De sanctie van het misbruik van contractuele rechten”, (noot onder Cass. 8 februari 2001), *RW* 2001-2002, 779-781.
- , “Hoofddlijnen in de ontwikkeling van het algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht 1964 – 2000”, *TPR* 2001, 313-355.
- , “Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie”, in X., *Overeenkomstenrecht. XXVIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1999-2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 163-204.
- , “Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissen- en contractenrecht”, in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-157.
- , “De goede trouw bij de keuze tussen de gerechtelijke ontbinding en de gedwongen uitvoering van een wederkerige overeenkomst (artikel 1184 B.W.)”, noot onder Cass. 16 januari 1986, *RW* 1987-1988, 1471-1473.
- , “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1977-1978)”, *RW* 1979-1980, 153-182.
- , “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1975-1976)”, *RW* 1976-1977, 2385-2414.
- VAN OEVELEN, A. en CAUFFMAN, C., “Contractvrijheid, contractweigering en antidiscriminatie”, in X., *Bijzondere overeenkomsten. XXXIVste Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Mechelen, Kluwer, 2008, 439-517.
- VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., “Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-1984)”, *RW* 1985-1986, 1-28, 81-108 en 145-176.
- , “Kroniek van het verbintenissenrecht (Gerechtelijk jaar 1976-1977)”, *RW* 1977-1978, 2289-2304.
- VAN OEVELEN, A., JOCQUÉ, G., PERSYN, C. en DE TEMMERMAN, B., “Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling (1993-2006)”, *TPR* 2007, 933-1529.
- VAN OMMESLAGHE, P., “Un principe général du droit: *fraus omnia corrumpit*”, in X., *Liber amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité*, Brussel, Larcier, 2007, 591-612.
- , “Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années”, *TPR* 2001, 357-372.
- , “Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles: révolution, évolution ou statu quo?”, in X., *Liber Amicorum J. Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 509-556.
- , “Rapport général. La bonne foi”, in X., *La bonne foi*, Parijs, Litec, 1992, 25-60.
- , “L'exécution de bonne foi, principe général de droit”, *TBBR* 1987, 101-110.
- , “Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations”, *RCJB* 1986 en 1988, 33-259 en 33-199.
- , “Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, (noot onder Cass. 10 september 1971), *RCJB* 1976, 303-350.
- , “Examen de jurisprudence (1968 à 1973). Les obligations”, *RCJB* 1975, 422-463.
- , “Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, 328-367.
- VAN OMMESLAGHE, P. en DIEUX, X., “Examen de jurisprudence (1979-1990) (1) Les sociétés commerciales”, *RCJB* 1992, 573-705.
- VAN RANSBEECK, R., “Misbruik van omstandigheden, bedrog en geweld in het Belgische recht en de Principles of European Contract Law”, in J. SMITS en S. STIJS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 125-154.
- VAN RYN, J., “Les clauses de non-responsabilité. Etude de quelques restrictions à leur validité”, *RGAR* 1931, nr. 703, 1-5.
- VANWIJCK-ALEXANDRE, M., “La réparation du dommage dans la négociation et la formation du contrat”, *Ann. fac. fr. Lg.* 1980, 17-83.
- VERBEKE, A. en VERVOORT, I., “Oorzaak, voorwaar(-de) oorzaak van onduidelijkheid”, in X., *Liber amicorum J. Herbots*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 521-535.

- VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, V., “Commentaar bij artikel 1907ter B.W.”, in X., *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbladig.
- VEROUGSTRAETE, I., “Wil en vertrouwen bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *TPR* 1990, 1163-1196.
- VERSTEGEN, R., “Het leeuwendeel”, in X., *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber amicorum J.M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1996, 445-453.
- WERY, P., “La réduction du prix dans les contrats à titre onéreux: une hypothèse loin d’être exceptionnelle”, in J.-F. GERMAIN (ed.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Brussel, Larcier, 2010, 13-69.
- , “Nullité, inexistence et réputé non écrit”, in P. WERY (ed.), *La nullité des contrats*, Brussel, Larcier, 2006, 7-32.
- , “Le droit commun des obligations contractuelles face à l’émergence des nouvelles législations”, in A. WUFFELS (ed.), *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, Brussel, Bruylant, 2005, 393-412.
- , “Principes généraux du droit et droit des obligations contractuelles”, in X., *Liber amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 587-603.
- , “Les pouvoirs du juge en matière de contentieux contractuel dans les principes du droit européen du contrat”, in X., *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 717-736.
- , “Les sanctions des clauses illicites envisagées selon la méthode horizontale”, in Y. POULLET (ed.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Brussel, Kluwer, 2004, 467-487.
- , “Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles”, in X., *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Brugge, die Keure, 2004, 287-352.
- , “De matiging van het overdreven loon van de lasthebber”, (noot onder Cass. 14 oktober 2002), *TBBR* 2003, 603-604.
- , “Le mobile illicite unilatéral, cause de nullité des actes juridiques”, (noot onder Cass. 12 oktober 2000), *RCJB* 2003, 78-115.
- , “La loi du 2 août concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales et ses incidences sur le régime des clauses pénales”, *JT* 2003, 869-882.
- , “Les clauses abusives relatives à l’inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002”, *JT* 2003, 797-809.
- , “La bienfaisance en droit de obligations: la responsabilité des débiteurs bénévoles”, in E. DIRIX (ed.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, 2002, 553-577.
- WERY, P. en GATHEM, G., “Vue d’ensemble sur le régime des clauses abusives de la loi du 14 juillet 1991”, in X., *La protection du consommateur*, Luik, Editions du Jeune Barreau, 2006, 7-50.
- WEYTS, B., “Fraus omnia corrumpit in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht: geen aansprakelijkheidsverdeling in geval van opzet”, (noot onder Cass. 6 november 2002), *RW* 2002-2003, 1629-1632.
- WILMS, W., “Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek”, *RW* 1980-1981, 489-520.
- WYNANT, L., “Recente tendensen inzake onrechtmatige daad: de aansprakelijkheid voor eigen daad”, in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht. Themis. Postacademische school voor juridische vorming*, Brugge, die Keure, 2001, 79-92.

B. Frankrijk

- CABRILLAC, M., “Remarques de théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale”, in X., *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, 235-254.
- CADIET, L., “Une justice contractuelle, l’autre”, in X., *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXIe siècle*, Parijs, LGDJ, 2001, 177-199.
- CALAIS-AULOY, J., “Le Devoir de se comporter de Bonne Foi dans les contrats de consommation”, in S. GRUNDMANN en D. MAZEAUD (eds.), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Den Haag, Kluwer, 2006, 189-195.
- , “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, in X., *Liber amicorum Bernd Stauder. Droit de la consommation*, Baden-Baden, Nomos, 2006, 65-75.
- , “Un code européen de la consommation? ”, in X., *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 1998, 399-414.
- CAPITANT, H., “Sur l’abus des droits”, *RTDC* 1928, 365-376.

- CATALA, P., "La génèse et le dessein du projet", *Revue des Contrats* 2006, 11-15.
- CHAZAL, J.-P., "Le consommateur existe-t-il?", *D.* 1997, 260-266.
- , "La contrainte économique: violence ou lésion", (noot onder Cass. civ. 30 mei 2000), *D.* 2000, 879-882.
- DEMONTES, E., "Observations sur la théorie de la lésion dans les contrats", in X., *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Parijs, Dalloz, 1937, 171-190.
- DEPREZ, J., "La lésion dans les contrats aléatoires", *RTDC* 1955, 1-38.
- FAUVARQUE-COSSON, B. en MAZEAUD, D., "L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription", *Rev. dr. unif.* 2006, 103-134.
- FONTAINE, M., "Fertilisations croisées du droit des contrats", in X., *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI e siècle*, Parijs, LGDJ, 2001, 347-361.
- GHESTIN, J., "Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public", in X., *Liber amicorum L. Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, 405-416.
- , "Le rétablissement de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives: l'enseignement du droit français", in E. BALATE en J. STUYCK (eds.), *Handelspraktijken & voorlichting en bescherming van de consument*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 140-164.
- , "Le principe de l'égalité des parties contractantes et son évolution en droit privé", in C. PERELMAN en L. INGBER (eds.), *L' galit *, Brussel, Bruylant, 1983, 30-53.
- GHESTIN, J. en MARCHESSAUX, I., "Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion", in X., *L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles*, Straatsburg, Conseil de l'Europe, 1990, 78-109.
- , "L'élimination des clauses abusives en droit français, à l'épreuve du droit communautaire", *REDC* 1993, 67-94.
- GHESTIN, J. en MARCHESSAUX-VAN MELLE, I., "Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 1-72.
- , "L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi à 95-96 du 1er février 1995", *JCP* 1995, 275-282.
- JAMIN, C., "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", in X., *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI e siècle*, Parijs, LGDJ, 2001, 441-472.
- DE LAMBERTIE, I. en WALLAERT, C., "France", *RIDC* 1982, 673-755.
- LANDY, L., "Le consommateur européen: une notion éclatée", in X., *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 1998, 57-71.
- MAZEAUD, D., "La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?", *Droit et Patrimoine* 1995, 42-52.
- MAZEAUD, H., "Considérations sur la lésion", *JT* 1946, 265-269.
- MEILHAC, G., "Le nouveau droit français des clauses abusives: un nouveau départ pour le juge?", in H. SCHULTE-N LKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1999, 291-308.
- MESTRE, J. en FAGES, B., "Obligations et contrats spéciaux. Observations", *RTDC* 2000, 827-828.
- PAISANT, G., "La lutte contre les clauses abusives des contrats dans l'union européenne", in X., *Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats-membres de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 1998, 165-177.
- ROCHFELD, J., "Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme", in X., *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Parijs, LGDJ, 2008, 835-866.
- ROUAST, A., "Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés", *RTDC* 1944, 1-19.
- ROUBIER, P., "Théorie générale de l'action en concurrence déloyale", *RTDC* 1948, 541-591.
- SCHMIDT, J., "La sanction de la faute précontractuelle", *RTDC* 1974, 46-73.
- SINAY-CYTERMANN, A., "Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 241-267.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, C., "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", *RTDC* 1997, 357-385.

C. Nederland

- ABAS, P., "Iets over de rol van het iustum pretium in het Catalaanse recht en de betekenis daarvan voor het B.W.", *WPNR* 2000, 6-8.

- , “Nadeel bij misbruik van omstandigheden”, *WPNR* 1999, 599-600.
- BAKKER, H.J. en JONGENEEL, R.H.C., “Een rechtlijnige richtlijn”, *TvC* 1992, 4-18.
- BLOEMBERGEN, A.R., “Gebrekkige rechtshandelingen in het gewijzigd ontwerp Boek 3 N.B.W.”, *WPNR* 1972, 425-430.
- BROEKMAN, M.F.H., “De Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken”, *TvC* 2005, 175-186.
- DAMMINGA, S.R., “De Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, in A.S. HARTKAMP, C.H. SIEBURGH en L.A.D. KEUS (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 179-191.
- DE BENEDITTY, N., “Evolutie van autonome naar heteronome overeenkomst”, *WPNR* 1934, 421-422.
- DE VREY, R.W., “Vermogensrechtelijke gevolgen van oneerlijke handelspraktijken”, *VrA* 2006, 51-71.
- DE VRIES, G., “Misbruik van omstandigheden. Een nadeelis? Worden 'bezwaarde verwanten' voldoende beschermd? Gaat 'bedreiging met wanprestatie' met misbruik van omstandigheden gepaard?”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 155-177.
- , “Are The Principles Of European Contract Law Better Than Dutch Contract Law?”, in X., *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, 105-186.
- GERBRANDY, S., “Gebruik en misbruik van procesrecht”, *Advocatenblad* 1959, 325-367.
- GROSHEIDE, F.W., “Reflections on the protection of the weak party in Dutch and EU Contract Law”, in K. BOELE-WOELKI en W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2007, 247-263.
- , “Iustum pretium redivivum”, in F.W. GROSHEIDE en E. HONDIUS (eds.), *International Contract Law*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 69-91.
- , “Iustum pretium. Enkele opmerkingen over de contractuele gebondenheid”, *WPNR* 1996, 435-438.
- HARTKAMP, A.S., “Misbruik van omstandigheden en benadeling”, *NJB* 1972, 376-380.
- HARTLIEF, T., “Vrijheid en bescherming in het contractenrecht”, *Contracteren* 2003, 5-14.
- , “Iustum pretium: op weg naar een rechterlijke toetsing van de rechtvaardigheid van het contractuele evenwicht”, in X., *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 239-253.
- HENDRIKSE, M.L., “Algemene voorwaarden en verzekering”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, 581-605.
- , “Naar een (Europees) wetboek van consumentenrecht?”, *NJB* 2007, 850-857.
- HONDIUS, E., “Aspecten van modern contractenrecht”, in X., *Overeenkomstenrecht. XXVste Postuniversitaire Cyclus W. Delfae*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 522-549.
- , “Non-implementation of the Directive on Unfair Contract Terms: the Dutch case”, *ERPL* 1997, 193-196.
- HULS, N.J.H., “Sterke argumenten om zwakke contractpartijen te beschermen”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 395-403.
- JONGENEEL, R.H.C., “Algemene vernietigingsgronden; de open norm”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, 117-141.
- , “Werkingsfeer afdeling 6.5.3”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, 83-101.
- , “Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden”, in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, 321-330.
- , “Een richtlijn die weinig schade aanricht. De Richtlijn over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten”, *TvC* 1993, 117-130.
- KAMPHUISEN, P.W., “De leer van het iustum pretium herbeleefd”, *WPNR* 1933, 173-175.
- KRANS, H.B., “Misbruik van omstandigheden”, *NbBW* 2004, 50-53.
- LANGBROEK, H.J.S.M., “Enige opmerkingen over instrumenten van consumentenbescherming”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 413-430.
- LINDENBERGH, S.D., “Bescherming van de 'zwakkere': regel en uitzondering”, in T. HARTLIEF en C.J.J.M. STOLKER (eds.), *Contractvrijheid*, Deventer, Kluwer, 1999, 405-411.
- LOOS, M.B.M., “Oneerlijke handelspraktijken”, *TvC* 2008, 1-3.
- , “Exoneraties in consumentenovereenkomsten”, *AA* 2007, 741-747.
- , “Oneerlijke bedingen en wettelijke vervalltermijnen: ruime uitleg van Oceano bevestigd”, *NTer* 2003, 71-74.
- MAK, C., “Precontractuele aansprakelijkheid in Nederland”, in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 99-123.
- NAGELKERKE, J.J., “De betekenis van het leerstuk misbruik van omstandigheden tegen de achtergrond van het gewijzigd ontwerp en het H.B.U.-arrest”, *WPNR* 1974, 849-861.

NIEUWENHUIS, J.H., "Hinkend contractenrecht", *NTBR* 2001, 333.

OLY, G., "De civielrechtelijke gevolgen van te hoge prijzen voor roerende goederen", *WPNR* 1979, 505-509.

PRECHAL, S., "Ambtshalve toetsen van oneerlijke bedingen door middel van conforme uitleg", *NTBR* 2001, 104-108.

SMITS, J.M., "De herziening van het Duitse verbintenissenrecht: een overzicht en een vergelijking", *NTBR* 2002, 368-381.

–, "Contractuele gebondenheid thans", *NTBR* 1998, 341-345.

SMULDERS, J.A.M., "Gebruik en misbruik van omstandigheden", *WPNR* 1977, 177-184.

STEIN, P.A., "Misbruik van omstandigheden in het ontwerp-B.W.", *NJB* 1972, 121-127.

TJITTES, R.P.J.L., "Ongeschreven zorgplichten van de schuldeiser jegens de aspirant-borg bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht", *WPNR* 2001, 347-356.

VAN BOOM, W.H., "Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken", *TvC* 2008, 4-41.

VAN DER GRINTEN, W., "Undue influence. Is benadeling van een partij een wezenlijk element voor nietigheid bij misbruik van omstandigheden, (noot onder H.R. 29 mei 1964)", *AA* 1965, 236-238.

–, "Marginale toetsing", in X., *Op grenzen van Komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. Beekhuis*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1969, 109-122.

VAN DUNNÉ, J.M., "Misbruik van economische machtspositie op de werkvloer en de eis van benadeling in artikel 3:44 B.W.", *AA* 2000, 731-740.

–, "Macht en onmacht bij het contracteren: 'economische dwang' en art. 3:44 BW", in X., *Te Pas. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. P.A. Stein*, Deventer, Kluwer, 1992, 85-95.

VAN ROSSUM, M.M., "Chapter 4 Validity", in H.N. SCHELHAAS (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 191-239.

–, "Gross disparity: een herleving van de leer van het iustum pretium", *WPNR* 1996, 659-664.

WESSELS, B. en WISSINK, M.H., "Inleiding", in B. WESSELS, R.H.C. JONGENEEL en M.L. HENDRIKSE (eds.), *Algemene voorwaarden*, Deventer, Kluwer, 2006, 1-30.

WISSINK, M.H., "Nederland veroordeeld wegens onvolledige omzetting van de richtlijn oneerlijke bedingen", *NTBR* 2002, 152-156.

D. Duitsland

BLOMEYER, W., "Der gerechte Preis im geltenden Recht", in X., *Der Gerechte Preis. Beiträge zur Diskussion um das "pretium iustum"*, Erlangen, Siemens, 1982, 39-52.

CANARIS, C.-W., "Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner 'Materialisierung'", *AcP* 2000, 273-364.

GOEZ, W., "Das Ringen um den 'gerechten Preis' in Spätmittelalter und Reformationzeit", in X., *Der Gerechte Preis. Beiträge zur Diskussion um das "pretium iustum"*, Erlangen, Siemens, 1982, 21-33.

GRUNDMANN, S., "Structural Elements in the Contract Law Parts of the German Civil Code", in S. GRUNDMANN en M. SCHAUER, *The architecture of European Codes and Contract Law*, Alpen a/d Rijn, Kluwer, 2006, 57-81.

HEINRICHS, H., "Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes", *NJW* 1996, 2190-2197.

–, "Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung", *NJW* 1995, 153-159.

–, "Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1993", *NJW* 1994, 1380-1388.

–, "Die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", *NJW* 1993, 1817-1822.

HENNRICHS, J., "Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen", in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL en G. RING (eds.), *Das Neue Schuldrecht. Ein Lehrbuch*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2002, 188-205.

–, "Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen", in B. DAUNER-LIEB, T. HEIDEL, M. LEPA en G. RING (eds.), *Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadenersatzrecht und Mietrecht*, Essen, Deutscher Anwaltverlag, 2002, 322-361.

NASALL, W., "Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in verbraucherverträgen", *JZ* 1995, 689-694.

RABER, F., "Laesio enormis", *ERPL* 2000, 523-530.

REICH, N., "The implementation of Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts in Germany", *ERPL* 1997, 165-172.

REMIEN, O., "AGB-Gesetz und Richtlinie über missbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld", *ZeUP* 1994, 34-66.

WEIL, K.G. en PUIS, F., "Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu et corrigé par la directive communautaire relative aux clauses abusives", *RIDC* 1994, 125-140.

E. Europa

ABBAMONTE, G.B., "The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 11-31.

BEALE, H., "The Future of the Common Frame of Reference", *ERCL* 2007, 257-276.

BERNITZ, U., "The Unfair Commercial Practices Directive: Its Scope, Ambitions and Relation to the Law of Unfair Competition", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92. New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 33-46.

BONELL, M.J., "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?", *U.L.R.* 1996, 229-446.

VAN BOOM, W.H., "De ontwerprichtlijn Consumentenrechten: gemaakte keuzes en gekozen onderbouw", in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 15-30.

BOURGOIGNIE, T., "European Community consumer law and policy: from Rome to Amsterdam", *CLJ* 1998, 443-462.

BRANDNER, H.E. en ULMER, P., "The Community Directive on unfair terms in consumer contracts: some critical remarks on the proposal submitted by the EC Commission", *CMLR* 1991, 647-662.

BRUDER, F., "Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive", *ERPL* 2007, 205-231.

CAUFFMAN, C., "De Principles of European Contract Law", *TPR* 2001, 1231-1309.

DREXL, J., "Community Legislation Continued: Complete Harmonisation, Framework Legislation or Non-Binding Measures - Alternative Approaches to European Contract Law, Consumer protection and Unfair trade Practices", *EBLR* 2002, 557-582.

FONTAINE, M., "Les Principes d'Unidroit et la protection de la partie faible", in K. BOELI-WOELKI en F.W. GROSHEIDE (eds.), *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, Alphen a/d Rijn, Kluwer, 2007, 183-193.

HARTKAMP, A., "Principles of European Contract Law", in A. HARTKAMP (ed.), *Towards a European Civil Code*, Den Haag, Kluwer, 2004, 125-143.

HEIDERHOFF, B. en KENNY, M., "The Commission's 2007 Green Paper on the Consumer Acquis: deliberate deliberation?", *E.L.Rev.* 2007, 740-751.

HESSELINK, M.W., "Naar een scherper onderscheid tussen b2b en b2c? Over consumenten-, handels- en algemeen overeenkomstenrecht na invoering van de voorgestelde EG-richtlijn consumentenrechten", in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 55-102.

–, "The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission", in M.W. HESSELINK en G.J.P. DE VRIES (eds.), *Principles of European Contract Law. Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2001, 7-103.

HONDIUS, E., "De toekomst van het consumentenrecht in het licht van het voorstel voor een richtlijn consumentenrechten en het ontwerp gemeenschappelijk referentiekader", in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS en A. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *Het EG-Consumentenacquis: nu en straks*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 101-141.

–, "Europese Richtlijn consumentenrechten: geen stap terug!", in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 203-228.

–, "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis", *JCP* 2004, 245-251.

–, "Unfair contract terms: towards a European Law. Introduction", *ERPL* 1997, 121-134.

–, "La Directive sur les clauses abusives et les états membres de l'union européenne", in J. GHESTIN en M. FONTAINE (eds.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Parijs, LGDJ, 1996, 591-602.

HOWELLS, G., "Unfair Commercial Practices Directive - A Missed Opportunity?", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 103-114.

HOWELLS, G. en SCHULZE, R., "Overview of the Proposed Consumer Rights Directive", in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009, 3-25.

HOWELLS, G. en WILHELMSSON, T., "EC Consumer Law: Has it come of age?", *E.L.Rev.* 2003, 370-388.

- KÖTZ, H., "Formation, Validity and Content of Contracts; Contract and Third Parties", in H. KÖTZ en A. FLESSNER (eds.), *European Contract Law*, Oxford, Clarendon press, 1997, 124-153.
- LANDO, O., "The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)", *ERCL* 2007, 245-256.
- LOOS, M.B.M., "Algemene voorwaarden onder de voorgestelde richtlijn consumentenrechten", in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, 2009, (183) 183-201.
- , "Volledige harmonisatie van het Europese consumentenrecht: voorzichtigheid geboden!", *TvC* 2009, 33-36.
- , "Noot onder HvJ 4 juni 2009 – Pannon", *TvC* 2009, 193-194.
- , "Herziening van het consumentenrecht: een teleurstellend richtlijnvoorstel", *TvC* 2008, 173-178.
- , "Herziening van het Europese consumentenrecht, deel I en deel II", *NTer* 2008, 29-39 en 74-83.
- MAK, V., "Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?", *ERPL* 2009, 55-73.
- MICKLITZ, H.-W., "The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain", in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009, 47-83.
- , "Unfair terms in consumer contracts", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 119-150.
- , "Unfair commercial practices and misleading advertising", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, 2009, 61-117.
- , "The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party", *JCP* 2004, 339-356.
- , "AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen", *ZeUP* 1993, 522-535.
- MICKLITZ, H.-W. en REICH, N., "Crónica de una muerta anunciada: the Commission proposal for a 'Directive on consumer rights'", *CMLR* 2009, 471-519.
- NEBBIA, P., "Standard Form Contracts between Unfair Terms Control and Competition Law", *E.L.Rev.* 2006, 102-113.
- OTKEN ERIKSSON, I. en ÖBERG, U., "The Unfair Commercial Practices Directive in Context", S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 91-101.
- REICH, N., "Economic Law, Consumer Interests and EU Legislation", in H.-W. MICKLITZ, N. REICH en P. ROTT (eds.), *Understanding EU Consumer Law*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 1-60.
- ROTT, P. en TERRY, E., "The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules", *ZeUP* 2009, 456-488.
- SAMOY, I. en TERRY, E., "Informatie aan consumenten in het Voorstel voor een Richtlijn Consumentenrechten", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 36-80.
- SCHILLIG, M., "Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms", *E.L.Rev.* 2008, 336-358.
- SCHULTE-NÖLKE, H., "The transposition of European consumer directives into the national laws of the EU-Member States", *TvC* 2009, 133-138.
- , "Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR", in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009, 29-46.
- SEPE, G., "National Models of European Contract Law: A Comparative Approach to the Concept of Unfairness in Directive 93/13", *CLJ* 1997, 115-122.
- STAUDENMAYER, D., "The Place of Consumer Contract Law Within the Process on European Contract Law", *JCP* 2004, 269-287.
- STORME, M.E., "Een Richtlijn Consumentenrechten zonder een gemeenschappelijk referentiekader", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 25-35.
- STUYCK, J., "Harmonisatieniveau", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 7-24.
- , "Unfair Terms", in G. HOWELLS en R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München, Sellier, 2009, 115-144.
- , "The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 159-174.
- SWAENPOEL, E., STIJNS, S. EN WÉRY, P., "Onrechtmatige bedingen – Clauses abusives", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 142-203.
- TENREIRO, M., "The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems. The principal of Good Faith and Remedies for Unfair Terms", *ERPL* 1995, 273-284.

- TENREIRO, M., and KARSTEN, J., "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", in H. SCHULTE-NÖLKE en R. SCHULZE (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 223-267.
- TERRY, E., "The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis", *TvC* 2007, 105-110.
- TWIGG-FLESNER, C., "No sense of purpose or direction? The modernisation of European Consumer Law", *ERCL* 2007, 198-213.
- VAN OMMESELAGHE, P., "Les relations entre le droit de la consommation et le droit commun des obligations", *DCCR* 2009, nrs. 84-85, 245-268.
- VERHOEVEN, A., "Consument en interne markt – beschouwingen bij het voorstel van richtlijn betreffende consumentenrechten", *SEW* 2009, 367-373.
- VON BAR, C., "Paving the Way forward with Principles of European Private Law", in S. GRUNDMANN en J. STUYCK (eds.), *An academic Green Paper on European Contract Law*, Den Haag, Kluwer, 2002, 137-145.
- VON BAR, C., en LANDO, O., "Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code", *ERPL* 2002, 183-247.
- WEATHERILL, S., "Who is the 'Average Consumer'?", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 115-138.
- , "Prospects for the Development of European Private Law Through 'Europeanisation' in the European Court-the Case of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *ERPL* 1995, 307-328.
- WEATHERILL, S. en BERNITZ, U., "Introduction", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92 New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 1-10.
- WHITTAKER, S., "Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of 'Full Harmonisation'", *ERCL* 2009, 223-247.
- , "The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws", in S. WEATHERILL en U. BERNITZ (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/92. New Rules and New Techniques*, Oxford, Oregon, 2007, 139-158.
- , "Assessing the fairness of contract terms: the parties' 'essential bargain', its regulatory context and the significance of the requirement of good faith", *Zeup* 2004, 75-98.
- WILHELMSSON, T., "Standard Form Conditions", in X., *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2004, 431-444.
- WILLETT, C., "Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *CLJ* 1994, 114-123.
- , "Can Disallowance of Unfair Contract Terms Be Regarded as a Redistribution of Power in Favour of Consumers? A Comment Spurred by the Article by Wilhelmsson in JCP, 1994, Nos. 3-4", *JCP* 1994, 471-482.
- WISSINK, M.H., "Over volledige harmonisatie en herinrichting van het B.W.: knelpunten bij de omzetting van de (voorgestelde) Richtlijn consumentenrechten", in M.W. HESSELINK en M.B.M. LOOS (eds.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten. Een Nederlands perspectief*, 2009, 31-53.

F. Law&Economics

- AKERLOF, G.A., "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 1970, 488-500.
- ALLEN, D.W., "Transaction costs", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 893-926.
- BEALES, H., CRASWELL, R. en SALOP, S.C., "The Efficient Regulation of Consumer Information", *Journal of Law and Economics* 1981, 491-593.
- GOLDBERG, V.P., "Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand", *Journal of Law and Economics* 1974, 461-492.
- HADFIELD, G.K., HOWSE, R. en TREBILCOCK, M.J., "Information-Based Principles for Rethinking Consumer Protection Policy", *JCP*, 1998, 131-169.
- JOLLS, C., SUNSTEIN, C.R. en THALER, R., "A Behavioural Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review* 1998, 1471-1550.
- KATZ, A., "Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts", *RAND Journal of Economics* 1990, 518-537.
- KERKMEESTER, H., "Methodology: General", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 383-401.

- KESSLER, F., "Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 1943, 629-642.
- KORNHAUSER, L.A., "Unconscionability in Standard Forms", *California Law Review* 1976, 1151-1183.
- MACKAAY, E., "Schools: General", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 402-415.
- MACNEIL, I.R., "Bureaucracy and Contracts of Adhesion", *Osgoode Hall Law Journal* 1984, 5-28.
- MCCHESNEY, F.S., "Consumer Ignorance and Consumer Protection Law: Empirical Evidence from the FTC Funeral Rule", *Journal of Law and Politics* 1990, 1-72.
- POSNER, E.A., "Contract remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 162-178.
- , "Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom of Contract", *Journal of Legal Studies* 1995, 283-319.
- RUBIN, P.H., "Information Regulation (including Regulation of Advertising)", in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 271-295.
- SCHWARTZ, A. en WILDE, L.L., "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis", *University of Pennsylvania Law Review* 1979, 630-682.
- SLAWSON, W.D., "Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power", *Harvard Law Review* 1971, 529-566.
- TREBILCOCK M.J., "The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords", *University of Toronto Law Journal* 1976, 359-385.
- TREBILCOCK M.J. en DEWEES, D.N., "Judicial control of standard form contracts", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, Londen, Butterworths, 1981, 93-119.
- ULEN, T.S., "Rational Choice Theory in Law and Economics", B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 790-818.
- VAN DEN BERGH, R., "De richtlijn consumentenkoop in rechtseconomisch perspectief", in J. SMITS (ed.), *De richtlijn consumentenkoop in perspectief*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2003, 79-93.
- , "Economische analyse van het consumentenrecht", *AA* 1990, 787-793.
- , "Le droit civil face à l'analyse économique du droit", *RIDE* 1988, 229-254.
- WILLIAMSON, O.E., "Contract analysis: the transaction cost approach", in P. BURROWS en C.G. VELJANOVSKI (eds.), *The Economic Approach to Law*, Londen, Butterworths, 1981, 39-60.

G. Andere

- LÖWENSTEYN, F.J.W., "Consumentenbeleid: het Zweedse model", in X., *Is het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.C.F. Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1991, 137-156.